universität wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Möglichkeiten und Grenzen der Beteiligung Privater an Aufgaben der allgemeinen Sicherheitspolizei

Verfasser

Mag. Udo Lett

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur)

Wien, 2012

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 783 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuer:	ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Dieter Kolonovits, M.C.J.

Vorwort

Bereits wenige Monate nach meinem Eintritt in den öffentlichen Sicherheitsdienst im Jahre 1999 war mir bewusst, dass ich es bei der dienstrechtlich vorgesehenen Grundausbildung zum Streifenbeamten der Wiener Polizei nicht belassen wollte. Zu spannend waren einfach die Fragen, die sich rund um das Einschreiten in sicherheits- und kriminalpolizeilichen Einsatzlagen stellten und zu wenig tiefgehend wurden sie mir in der zweijährigen - nicht nur rechtliche, sondern auch einsatztaktische Belange beinhaltenden - Ausbildung zum Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes beantwortet. So begann ich daher unmittelbar nach Abschluss der sicherheitsexekutiven Grundausbildung das Studium der Rechtswissenschaften und darf dieses nun nach mitunter auch recht entbehrungsreichen Jahren mit der vorliegenden Dissertation abschließen.

Meinem bis dato ungebrochen polizeilichen Interesse treu bleibend, aber auch in Beachtung des nach wie vor modernden Trends der zunehmenden „Überlappung“ von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Betätigungsfeldern beschäftigt sich meine Untersuchung mit den Möglichkeiten und Grenzen der Beteiligung privater Rechtsträger - insbesondere privater Sicherheitsdienste - an der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben. Die Idee dazu stammt nicht zuletzt auch aus diversen von mir selbst als Exekutivebediensteter geleitsteten Überwachungstätigkeiten, die ich immer wieder auch gemeinsam mit Angehörigen privater Sicherheitsunternehmen versah. Dabei drängte sich bei mir zunehmend die Frage in den Vordergrund, ob denn aus rechtlicher Sicht tatsächlich die Überwachung durch zwei Sicherheitsdienste erforderlich ist oder ob denn nicht auch der „private Kollege“ die von mir wahrgenommenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben übernehmen kann bzw wo und wann für eine solche Aufgabenübertragung aus der Sicht des Verfassungsrechts die Grenzen gezogen sind. Dass aus diesen Überlegungen einmal eine Dissertation wird, hätte ich damals nicht gedacht; aus heutiger Sicht ist dies aber wohl nur die logische Konsequenz meiner bisherigen Laufbahn als Polizist und Jurist.

Dass es nun aber tatsächlich soweit ist und ich vor dem Abschluss meiner Dissertation stehe, verdanke ich schließlich nicht nur meiner eigenen Leistung, sondern auch jenen Menschen, die mich den bisher gegangenen Weg begleitet und unterstützt haben. Hier einmal meiner Familie, die mir alles nur Erdenkliche an Alltagsproblemen abgenommen und es mir so erst ermöglicht hat, dass mir neben dem ohnehin fordernden Beruf und den immer wieder auch zahlreich zu leistenden Überstunden noch genügend Ressourcen verblieben, um mich dem Studium der Rechtswissenschaft widmen zu können. Ohne diese Unterstützung und dem familiären Rückhalt wäre es mir wohl nicht möglich gewesen, dorthin zu kommen, wo ich nunmehr angelangt bin.

Aber auch die Vorgesetzten meiner bisherigen beruflichen Laufbahn möchte ich an dieser Stelle dankend erwähnen, die mir immer wieder - sofern es dienstlich nur irgendwie möglich war - auf unkomplizierte Art und Weise entgegengekommen sind und mir mit manchmal auch recht kurzfristigen Dienstplanänderungen so manchen wichtigen und unaufschiebbaren Weg zur Universität ermöglicht haben.

Nicht zuletzt möchte ich an dieser Stelle aber auch Herrn ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Dieter Kolonovits, MCJ, besonders hervorheben, bei dem ich schon im Diplomstudium meine beiden Diplomandenseminare absolvieren durfte. Besonders gefreut habe ich mich daher, als ich von ihm auch die Betreuungszusage für das Doktoratsstudium erhielt. Stets für meine Anliegen offen, hat er mir trotz eigener hoher beruflicher Belastung immer wieder sowohl in rechtswissenschaftlicher als auch in praktischer Hinsicht mehr als wertvolle Tipps und Hinweise gegeben und war mir insoweit nicht nur ein hochgeschätzter Betreuer, sondern tatsächlich auch akademischer Lehrer und Mentor.

All diesen Personen sei mein ebenso aufrichtiger wie herzlicher Dank für ihre Unterstützung, Anleitung und Betreuung ausgesprochen!

Wien, im Mai 2012 Mag. Udo Lett

INHALTSVERZEICHNIS

1. Teil: Einleitung und Grundlagen

1. Einleitung 1
1.1 Allgemeines 1
1.2 Gang der Untersuchung 6
1.3 Bemerkungen zu Methode und Verfassungsvorverständnis 9
1.4 Politische Motive und deren Bewertung 17

2. Grundlagen 23
2.1 Begriffsklärungen: Staatszwecke, Staatsziele, Staatsaufgaben 23
2.1.1 Einführende Bemerkungen 23
2.1.2 Das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft 25
2.1.3 Staatszwecke 28
2.1.4 Staatsziele 29
2.1.5 Staatsaufgaben 31
2.1.6 Exkurs: Staatsfunktionen und öffentliche Aufgaben 35
2.2 „Innere Sicherheit“ und „allgemeine Sicherheitspolizei“ 39
2.2.1 Innere Sicherheit 39
2.2.2 Allgemeine Sicherheitspolizei 40
2.3 Staatsaufgaben und deren Erfüllung – eine allgemeine Betrachtung 45
2.3.1 Allgemeines 45
2.3.2 Exkurs: Verhaltensorientierter Ansatz 45
2.3.3 Aufgaben, Befugnisse und organisatorische Zuständigkeit 49
2.3.3.1 Aufgaben 49
2.3.3.2 Befugnisse 51
2.3.3.3 Organisatorische Zuständigkeit 54
2.3.4 Grundlegung der dargestellten Systematik in der Rechtsordnung 57
2.3.5 Zu den Begriffen „Staatsaufgaben“ und „Aufgaben“ 60
2.4 Im Besonderen: Die Besorgung der allgemeinen Sicherheitspolizei 63

2.4.1 Allgemeines ... 63
2.4.2 Die Dualität Sicherheitsbehörden - Wachkörper ... 64
2.5 Begriffsklärung: Entstaatlichung, Ausgliederung und Privatisierung ... 68
2.5.1 Allgemeine Bemerkungen ... 68
2.5.2 „Echte“ und „unechte“ Private ... 69
2.5.3 Entstaatlichung ... 71
2.5.4 Ausgliederung und Privatisierung ... 72
2.5.5 Typen der Privatisierung ... 75
2.5.5.1 Aufgabenprivatisierung ... 75
2.5.5.2 Funktionelle Privatisierung ... 75
2.5.5.3 Vermögensprivatisierung und Finanzierungsprivatisierung ... 76
2.5.6 Typen der funktionellen Privatisierung in der Hoheitsverwaltung ... 77
2.5.6.1 Allgemeines ... 77
2.5.6.2 Beleihung ... 79
2.5.6.3 Erfüllungshilfe ... 80
2.5.6.4 Verwaltungsassistenz ... 81
2.6 Grundrechtliche Grenzen funktioneller Privatisierungen ... 81
2.7 Exkurs: Rechtliche Grundlagen des privaten Sicherheitsgewerbes ... 87
2.7.1 Gewerberechtliche Grundlagen ... 87
2.7.2 Befugnisse des Sicherheitsgewerbes ... 91
2.8 Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben ... 92

2. Teil: Kriterien zur verfassungsrechtlichen Beurteilung funktioneller Privatisierungen, dargestellt am Beispiel der allg. Sicherheitspolizei

3. Allgemeine Bemerkungen ... 98

4. Skizze der jüngeren einschlägigen Judikatur des VfGH ... 100
4.1 Austro-Control-Entscheidung (VfSlg 14.473/1996) ... 100
4.2 BWA-Entscheidung (VfSlg 16.400/2001) ... 102
4.3 Energie-Control-Entscheidung (VfSlg 16.995/2003) ... 104
4.4 Zivildienst-Entscheidung (VfSlg 17.341/2004) ... 105

5. Sachlichkeits- und Effizienzgebot als allgemeine Rahmenbedingungen 107

6. Quantitatives Element 111
6.1 Der verfassungsgerichtliche Topos der „vereinzelten Aufgaben“ 111
6.1.1 Skizzierung des Topos der „vereinzelten Aufgaben“ 111
6.1.2 Notwendige Trennung des quantitativen vom qualitativen Element ... 117
6.2 Dogmatische Begründung einer notwendigen Beschränkung 118
6.2.1 Das Prinzip der demokratischen Legitimation der Verwaltung 118
6.2.1.1 Allgemeine Darstellung 118
6.2.1.2 Die beiden Komponenten der demokratischen Legitimation 122
6.2.1.3 Die Rolle der Organe im organisatorischen Sinn 125
6.2.2 Abweichungen vom Grundsatz der Leitung iSd Art 20 Abs 1 B-VG .. 126
6.3 Zwischenergebnis 131

7. Qualitatives Element 133
7.1 Einleitende Bemerkungen 133
7.2 Der verfassungsgerichtliche Topos der „Kernaufgaben“ 136
7.2.1 Allgemeines 136
7.2.2 Begriffsvielfalt 137
7.2.3 Mangelnde Begründung 139
7.2.4 Entwicklungsansatz 144
7.3 Staatsrechtlicher Ansatz 146
7.3.1 Organisatorische Bestimmungen 146
7.3.1.1 Allgemeines 146
7.3.1.2 Sicherheitsbehörden 147
7.3.1.3 Wachkörper 152
7.3.2 Objektivrechtliche Bedeutung der allgemeinen Sicherheitspolizei 159
7.3.3 Zwischenergebnis 162
7.4 Grundrechtlicher Ansatz 166
7.4.1 Individualbezogenheit der Grundrechtsordnung 166
7.4.2 Die besondere Eingriffsnähe der allgemeinen Sicherheitspolizei 170
7.4.2.1 Dominanz des grundrechtlichen Abwehrcharakters 170
7.4.2.2 Besondere Merkmale der allgemeinen Sicherheitspolizei 173

7.4.3 Die Relevanz der Grundrechte für das staatliche Organisationsrecht .. 177
7.4.3.1 Dogmatische Ansatzpunkte 177
7.4.3.2 Ergebnis für das staatliche Organisationsrecht..... 183

8. Das Element der Ingerenz 185

9. Zur Feststellbarkeit absoluter Grenzen..... 189
9.1 Zur Feststellbarkeit einer absoluten quantitativen Grenze 189
9.2 Zur quantitativ-qualitativen Beurteilung des Phänomens 193
9.2.1 Allgemeine Bemerkungen 193
9.2.2 Zu möglichen Begründungsansätzen..... 195
9.2.2.1 Richtwert einer „absolut geringen Zahl“ 195
9.2.2.2 Das „historisch vorgefundene Maß“ 197
9.2.3 Allgemeines Ergebnis..... 203
9.3 Zur Beurteilung einzelner funktioneller Privatisierungen 206
9.3.1 Allgemeine Bemerkungen 206
9.3.2 Speziell: hoheitliche Befehls- und Zwangsbefugnisse Privater 211
9.3.2.1 Vorgefundene Befehls- und Zwangsbefugnisse Privater 211
9.3.2.2 Zur organisatorischen Stellung und Weisungsgebundenheit 213
9.3.2.3 Zusammenfassung der Ergebnisse..... 222
9.4 Zur Feststellbarkeit einer absoluten qualitativen Grenze 224
9.4.1 Allgemeine Bemerkungen 224
9.4.2 Eingriffe in Art 2 EMRK als absolute qualitative Grenze..... 226
9.4.3 Ergebnis 232
9.5 Vorschlag eines Prüfschemas 234

3. Teil: Ergebnisse für die allgemeine Sicherheitspolizei

10. Art 2 EMRK und die allg. Sicherheitspolizei..... 237
10.1 Allgemeine Bemerkungen 237
10.2 Art 2 Abs 2 lit a EMRK (Notwehr und Nothilfe)..... 238
10.3 Art 2 Abs 2 lit b EMRK (Verhinderung der Flucht) 246

10.4 Art 2 Abs 2 lit c EMRK (Unterdrückung eines Aufruhrs oder Aufstands) .. 248

11. Ergebnis für die allgemeine Sicherheitspolizei 252
11.1 Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse 252
11.2 Gedanken zu einer verfassungsgesetzlichen Regelung de lege ferenda 255

12. Konkrete Beispiele 268
12.1 Sicherheitskontrollen nach dem LSG 2011 268
12.1.1 Allgemeines 268
12.1.2 Grundrechtliche Überlegungen zur Inpflichtnahme 270
12.1.3 Qualitatives Element iSe absoluten Grenze 271
12.1.4 Ingerenz 272
12.1.4.1 Weisungsverhältnisse 273
12.1.4.2 Einflussmöglichkeiten auf die Personalauswahl 276
12.1.4.3 Organisationsgewalt und Finanzhoheit 277
12.1.5 Gesamtwürdigung 278
12.2 Sicherheitskontrollen nach dem GOG 280
12.2.1 Allgemeines 280
12.2.2 Qualitatives Element iSe absoluten Grenze 282
12.2.3 Ingerenz 286
12.2.3.1 Weisungsverhältnisse 287
12.2.3.2 Einflussmöglichkeiten auf die Personalauswahl 288
12.2.3.3 Organisationsgewalt und Finanzhoheit 289
12.2.4 Gesamtwürdigung 289

13. Zusammenfassung der Ergebnisse 292

Literaturverzeichnis 296

Abstract (deutsch) 327

Abstract (englisch) 329

Lebenslauf 331

1. Teil
Einleitung und Grundlagen

1. Einleitung

1.1 Allgemeines

Wenn es um das Thema Sicherheit, speziell aber um das Bedürfnis nach Schutz vor Kriminalität[1] geht, so denkt man zunächst einmal an die „Polizei“ als staatlicher Institution, der es durch diverse Tätigkeiten wie der Durchführung von Streifendiensten, unmittelbar zwangsbewehrtem Einschreiten bei aktuellen Gefährdungslagen oder Ermittlungen nach kriminellen Verhaltensweisen obliegt, Kriminalität zu bekämpfen.

Aufgrund des in den letzten Jahren bzw Jahrzehnten objektiv gestiegenen Kriminalitätsaufkommens[2] sowie überhaupt neuer Kriminalitätsfelder,[3] dürftiger Aufklärungsraten,[4] chronisch leerer Staatskassen,[5] der daraus letztlich resultierenden Unzufriedenheit in der Bevölkerung[6] mit dem von staatlicher Seite bereitgestellten

[1] Mit Kriminalität ist im Rahmen dieser Untersuchung die Verwirklichung der objektiven Tatbestände des StGB und der strafrechtlichen Nebengesetze gemeint; vgl *Schmidtchen*, Sicherheit Rz 2. Dass die Frage des Verschuldens nach dem hier herangezogenen Verständnis außer Betracht bleibt, deckt sich im Übrigen auch mit den entsprechenden Voraussetzungen zur Ausübung sicherheitspolizeilicher Befugnisse; vgl zB § 16 Abs 2 und 3 SPG bzgl der Definition des gefährlichen Angriffs als zentraler Anknüpfungspunkt für die Zulässigkeit der Ausübung sicherheitspolizeilicher Befugnisse; siehe dazu *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz B.11.6.

[2] So stieg die Zahl der angezeigten Kriminaldelikte von 457.623 im Jahr 1990 auf 643.648 im Jahre 2004; für 2010 weist die Statistik aktuell 535.745 Delikte aus (für das Jahr 2011 gibt es noch keine endgültigen Zahlen, jedoch dürfte gegenüber 2010 wieder ein leichter Anstieg zu verzeichnen sein); Quelle: www.statistik.at.

[3] Siehe dazu *Stolzlechner*, Sicherheitsarchitektur 193 ff.

[4] Die Aufklärungsquote liegt im Schnitt bei ca. 40% der angezeigten Delikte.

[5] So zB *Peilert/Lange*, Übertragung 888.

[6] Die Bedeutung des Sicherheitsgefühls der Bevölkerung für die Politik und damit letztlich auch für rechtliche Ausgestaltung des staatlichen Sicherheitsapparates darstellend *Gramm*, Privatisierung 401 ff. Zutreffend weist dieser Autor in diesem Zusammenhang darauf hin, dass es im Bereich der Kriminalitätsbekämpfung und –verhütung grundsätzlich nicht mit einmaligen Investitionen getan ist, sondern dass die Bereitstellung von Sicherheit eine Daueraufgabe mit permanent hohem Personleinsatz darstellt; siehe *Gramm*, Privatisierung 407. *Isensee*, Staatsaufgaben Rz 18, bezeichnet dies als „staatliche Gewährpflicht“. Selbiges lässt sich allerdings auch zB für die Bereiche Kranken- oder Lehrpersonal sagen, wobei es dort jedoch bereits eine Vielzahl privater Einrichtung gibt, die den staatlichen um nichts nachstehen und daher den Staat entlasten. Auf die Auswirkungen mangelnden Sicherheitsgefühls der

Sicherheitsniveau und einem gewandelten Verständnis von Staat und Gesellschaft vernimmt man aus mehr oder weniger einschlägigen Fachkreisen immer wieder die Idee, den staatlichen Sicherheitsbehörden und ihren Hilfsorganen[7] Unterstützung von privater Seite zukommen zu lassen[8]. Bereits seit vielen Jahren konnte nämlich im Bereich der privaten Sicherheitsvorsorge das Sicherheitsgewerbe[9] (Berufsdetektive, Bewachungsgewerbe; die Begriffe *Sicherheitsgewerbe* und *private Sicherheitsdienste* werden in dieser Arbeit im Übrigen gleichbedeutend gebraucht) Fuß fassen und insofern eine Marktlücke füllen, die mit dem allgemeinen Bedürfnis nach Sicherheit eines der wesentlichsten Grundanliegen des Menschen zu berühren vermag.[10] Das Leistungsspektrum dieser privaten Sicherheitsanbieter reicht von der Durchführung von Erhebungen in privaten und beruflichen Angelegenheiten bis hin zu Objektschutzmaßnahmen zB bei Banken oder Juwelieren sowie zu unmittelbarem Schutz gefährdeter Personen.[11] Über diese - mittlerweile schon als traditionell zu bezeichnenden - Tätigkeitsfelder hinaus werden aber auch „ganzheitliche" Lösungsmodelle für Wirtschaftsbetriebe angeboten (Stichwort: Abwehr und Bekämpfung von Betriebsspionage).[12] Seit einigen Jahren boomt dieser Markt mit Wachstumszahlen, von denen andere Wirtschaftszweige nur träumen können[13]. Dasselbe gilt nicht zuletzt auch für Unternehmen, die zwar keine Sicherheitstätigkeit, dafür aber Sicherheitstechnik anbieten[14]. Gerade in Zeiten massiv gestiegener Eigentumskriminalität erfreuen sich ja bekanntlich jene Handelsbetriebe enormer

---

Bevölkerung ebenfalls eingehend die „Broken-windows"-Theorie von *Wilson/Kelling*; siehe dazu auch die kritischen Bemerkungen von *Wiederin*, Innere Sicherheit 288 ff. Nach *Link*, VVDStRL 48, 30, zeigen sich Krisensymptome des Rechtsstaats insb in dessen Unfähigkeit, seiner Friedens- und Schutzpflicht zu genügen. Kritisch zur Bedeutung des subjektiven Sicherheitsgefühls der Bevölkerung allerdings *Ziercke*, Sicherheitsstrategie Rz 24 ff.

[7] Insb die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes gemäß § 5 Abs 2 SPG.

[8] So auch zB *Stolzlechner*, Sicherheitsarchitektur 207, 215 ff; *Stolzlechner*, Übertragung 27 ff; *Baumgartner*, Ausgliederung 113; *Stober*, Kooperation 16 ff; *Prisching*, Entstaatlichung 40.

[9] Siehe § 94 Z 62 GewO iVm §§ 129 f GewO.

[10] Siehe dazu nur die Bedürfnispyramide von *Maslow*, A Theory of Human Motivation 370 ff.

[11] Vgl § 129 Abs 1, 4 und 5 GewO; siehe weiters zB *Faber*, Wachdienste 850 ff; *Stolzlechner/Horvath*, Sicherheitsverwaltung I 67.

[12] Siehe dazu zB *Menk*, Corporate Security 53 ff.

[13] Siehe dazu *Faber*, Wachdienste 850 f; *Csaszar*, Kriminalität 56; *Stolzlechner/Horvath*, Sicherheitsverwaltung I 67; das Aufblühen des privaten Sicherheitsgewerbes wird von *Demmelbauer/Hauer*, Sicherheitsrecht 9, ausdrücklich mit der Unzufriedenheit der Bevölkerung mit dem vom Staat produzierten Sicherheitsniveau verortet. Zu weiteren Erklärungsansätzen siehe zB *Olschok*, Wach- und Sicherheitsgewerbe Rz 20 ff; siehe auch *Peilert/Lange*, Übertragung 888.

[14] Vgl *Beyerer*, Sicherheitstechnik 1 ff; *Buhl*, Sicherheitstechnik 51 ff.

Umsätze, die sich auf technische Überwachungs- und Alarmeinrichtungen spezialisiert haben.

Bisher bestand die Beteiligung dieses privaten Sicherheitsgewerbes an der Befriedigung des allgemeinen Sicherheitsbedürfnisses der Menschen ganz überwiegend bloß in der individuellen Inanspruchnahme durch ihre (privaten) Kunden im Rahmen zivilrechtlicher Verträge.[15] Zur Erfüllung der von ihnen dadurch übernommenen (privatrechtlichen) Verpflichtungen stehen dem Sicherheitsgewerbe nur die jedem anderen privaten Rechtsträger auch zukommenden rechtlichen Möglichkeiten zur Verfügung.[16] Nur vereinzelt geblieben sind dagegen bisher jene Fälle, in denen diese Sicherheitsdienste auch von staatlicher Seite in Anspruch genommen und in das hoheitliche Verwaltungshandeln eingebunden wurden. So kam es bereits in den vergangenen Jahren zu ersten Schritten in diese Richtung, indem private Sicherheitsdienste zur Unterstützung staatlicher Sicherheitskräfte zum Zwecke der Durchführung von Sicherheitskontrollen in diversen Gerichten[17] und Flughäfen[18] sowie im Rahmen der Vollziehung des Bundesstraßenmautgesetzes herangezogen wurden.[19]

Im internationalen Vergleich, insbesondere zu unserem Nachbarn Deutschland, steht Österreich bei der Frage nach den (verfassungs-) rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen der Beteiligung privater Rechtsträger (insb privater Sicherheitsdienste) an der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben erst am Anfang der Diskussion.[20] Das besondere Bedürfnis nach rechtswissenschaftlicher Durchdringung dieser Frage besteht in Österreich vor allem aber auch deshalb, da der VfGH in seiner mittlerweile

[15] *Faber*, Wachdienste 851, bezeichnet dies zutreffend als den einzigen Fall der Gefahrenabwehr ohne staatliche Veranlassung. In allen anderen Konstellationen handelt es sich dagegen um staatlich veranlasste Gefahrenabwehr.
[16] Insb das Notwehr- bzw Nothilferecht gemäß § 3 StGB und das Anhalterecht gemäß § 80 Abs 2 StPO; Siehe dazu insb *Faber*, Wachdienste 859 ff; *Wach*, Sicherheitsdienste 48 ff.
[17] Vgl § 3 iVm § 9 Gerichtsorganisationsgesetz, RGBl 1896/217 idgF (siehe dazu auch Punkt 12.2).
[18] Vgl §§ 5 ff Luftfahrtsicherheitsgesetz (LSG 2011), BGBl I 2010/111, das insofern die alte Rechtslage gemäß LSG 1992 im Wesentlichen fortsetzt (siehe dazu auch Punkt 12.1).
[19] Vgl *Stolzlechner/Horvath*, Sicherheitsverwaltung I 67 ff und Sicherheitsverwaltung II 17 ff; für weitere Fälle der Einbeziehung privater Sicherheitsdienste in sowohl staatliche wie auch private Betätigungsbereiche siehe *Stolzlechner*, Sicherheitsarchitektur 217 f; *Stolzlechner*, Übertragung 46 ff; mit zT skurrilen Vorschlägen aus der Politik *Faber*, Wachdienste 855; siehe auch *Wach*, Sicherheitsdienste 48 ff.
[20] Ebenso *Faber*, Wachdienste 851; einen Überblick über die Situation in Deutschland bieten zB *Gramm*, Privatisierung 114 ff.

berühmten Entscheidung VfSlg 14.473/1996 („Austro-Control-Erkenntnis“)[21] die allgemeine Sicherheitspolizei schlechthin als - offenbar jeder Entstaatlichung unzugängliche - „Kernaufgabe“ bezeichnet hat. Der Gerichtshof hat es bei dieser pauschalen Behauptung aber auch schon wieder belassen; eine auch nur annähernd intersubjektiv nachvollziehbare Begründung für diesen seinen Standpunkt ist er bis heute schuldig geblieben.

Das Ansinnen dieser Arbeit ist es nun, die ebenso allgemeine wie unbegründete Aussage des VfGH näher auf seine „verfassungsrechtliche Haltbarkeit“ hin zu untersuchen. Konzentrieren werde ich mich dabei auf den Bereich der Aufgaben nach dem 2. Teil des SPG und der zur Erfüllung dieser Aufgaben zur Verfügung stehenden „klassischen“[22] (allgemeinen und besonderen) Befugnisse gemäß dem 3. Teil des SPG. Damit bleiben - um den Rahmen dieser Untersuchung nicht zu sprengen - etwaige Beteiligungen Privater an der Verwendung[23] personenbezogener Daten im Rahmen der Sicherheitspolizei (4. Teils des SPG) außerhalb der Betrachtung.[24]

Wie soeben im vorigen Absatz angedeutet, sollen die Möglichkeiten und Grenzen der *Beteiligung* privater Rechtsträger *an der Erfüllung* sicherheitspolizeilicher Aufgaben untersucht werden. Es soll also erörtert werden, ob oder wie weit der einfache Gesetzgeber sicherheitspolizeiliche Aufgaben (iSd §§ 19 ff SPG) des Rechtsträgers Bund nicht nur durch staatliche Organe im organisatorischen Sinn (also der

---

[21] Eine nähere Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung sowie mit der sich daran anschließenden Judikaturlinie des VfGH erfolgt insb im 2. Teil dieser Arbeit.

[22] Als „klassisch“ sind die Befugnisse des 3. Teils des SPG mE deshalb zu bezeichnen, da in ihnen der Charakter der „Polizei“ im funktionellen Sinn als befehls- bzw zwangsbewehrte Gefahrenabwehr besonders augenscheinlich zu Tage tritt; außerdem werden durch ihre Wahrnehmung hauptsächlich die Grundrechte der sogenannten „ersten Generation“ betroffen; vgl zB *Funk*, Grundrechtsentwicklung 55 ff.

[23] Im Sinne der umfassenden Begriffsdefinition von § 4 Z 8 ff DSG.

[24] Womit aus Sicht de lege lata insb die Verpflichtungen zur Auskunftserteilung gemäß § 53 Abs 3a und 3b SPG gemeint sind; in einer Betrachtung de lege ferenda sind hier aber durchaus auch noch weitere Fälle denkbar; siehe dazu zB *Jahnel*, Auskunftspflicht 211 ff; *Kunnert*, Telekommunikationsdaten 83 ff; *Stolzlechner/Horvath*, Sicherheitsverwaltung II 17 ff, insb 26 ff; *Weiss*, Handyortung 113 ff; siehe zu diesem Thema auch den kritischen Überblick bei *Lachmayer*, Überwachungsstaat 30 ff mwN; zur Qualifikation von Handlungen Privater als (schlichte) Hoheitsverwaltung, siehe zB *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 61 ff, 118 ff; *Ossenbühl*, VVDStRL 29, 155 ff.
Im Zusammenhang mit dem untersuchungsleitenden Thema müsste hier zunächst geprüft werden, ob es sich in den genannten Fällen überhaupt um staatliche Verwaltung handelt oder ob nur öffentlich-rechtliche Verpflichtungen vorliegen, für deren Erfüllung die Privaten selbst verantwortlich sind und gegebenenfalls auch selbst haften (siehe dazu schon *Schäffer*, Erfüllung 60, und seine dort erwähnte Unterscheidung in Verwaltungspflichten und Verwaltungsobliegenheiten); insb schon aus umfänglichen Gründen erscheint es mir sinnvoll, diesen speziell auf informationsrechtliche Befugnisse abzielenden Fragekomplex einer eigenen Untersuchung vorzubehalten.

bundeseigenen Sicherheitsbehörden und Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes iSd Art 78a ff B-VG iVm §§ 4 ff SPG), sondern auch durch Private (insb private Sicherheitsdienste) als funktionelle Organe erfüllen lassen kann.[25] Die betreffenden Aufgaben bleiben daher in den hier interessierenden Fällen Staatsaufgaben.

Nicht behandelt wird dagegen die Frage, ob oder wie weit der einfache Gesetzgeber die im Blickfeld dieser Untersuchung stehenden sicherheitspolizeilichen Aufgaben überhaupt auf das private Sicherheitsgewerbe übertragen darf (also nicht bloß die Erfüllung der Aufgabe, sondern die Aufgabe an sich), so dass es sich dann um keine staatlichen Aufgaben mehr handeln würde.[26] Dies muss einer eigenen Untersuchung vorbehalten bleiben[27].

Auch vergabe-[28] oder arbeitsrechtliche[29] Fragen sowie Fragen der Kostentragung bei sicherheitspolizeilichen Amtshandlungen[30] werden nicht erörtert.

Schließlich bleibt noch zu erwähnen, dass diese Untersuchung unter einem rechtsdogmatischen Erkenntnisinteresse abgeführt wird, weshalb der „herkömmliche" juristische Methodenkanon zur Erzielung entsprechender Ergebnisse zur Anwendung zu gelangen hat.[31] Die Frage dagegen, ob die hier erörterte private Beteiligung an der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben auch (rechts-) politisch wünschenswert oder sinnvoll ist, steht nicht im Mittelpunkt des Interesses und kann daher nur schlaglichtartig beleuchtet werden.[32]

---

[25] Die Bedeutung der hier zahlreich verwendeten (rechtswissenschaftlichen) Begrifflichkeiten wird im Rahmen der weiteren Untersuchung noch eingehend dargestellt.

[26] Vgl zu einer solchen „Aufgabenbeseitigung" zB die zunächst durch BGBl Nr 156/1948 eingeführte und durch BGBl Nr 583/1980 letztlich wieder aufgehobene Verpflichtung der Bezirksverwaltungsbehörden, Pockenimpfungen durchzuführen; siehe dazu auch *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.047.

[27] Vgl zu diesem Problemaufriss ganz allgemein bereits *Gallwas*, VVDStRL 29, 226 ff; eingehend *Kneihs*, Privater Befehl und Zwang (2004); siehe auch *Hauer*, Ruhe 4 ff.

[28] Siehe zB *Bachmann*, Vergaberecht 331 ff; *Korinek/Denk*, Vergaberecht Rz 701 ff; *Schwartz*, PPP und Vergaberecht, ecolex 2005, 14 ff; speziell *Hauer*, Sicherheitsgewerbe im Vergaberecht 89 ff.

[29] Siehe ganz allgemein zB *Tomandl*, Arbeitsrecht 1 (2008), und *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2 (2008).

[30] Siehe zB § 5a SPG; vgl allgemein *Baumgartner*, Ausgliederung 284 ff.

[31] Siehe dazu auch Punkt 1.3.

[32] Siehe Punkt 1.4.

1.2 Gang der Untersuchung

Bevor mit der rechtsdogmatischen Erörterung der maßgeblichen Bestimmungen begonnen werden kann, ist als Einstieg in die vorliegende Arbeit die Bedeutung einiger Begrifflichkeiten zu klären. Dabei handelt es sich einerseits um staats-, verwaltungs- bzw rechtswissenschaftliche Begriffe, die sich mit der Erscheinung „Staat" befassen (insb „Staatszwecke", "Staatsziele", "Staatsaufgaben"). Hierbei werde ich mich unter Beachtung des Untersuchungsgegenstandes auf die jeweils notwendigen Ausführungen beschränken. Andererseits handelt es sich aber auch um Begriffe, die sich in Österreich gegen Ende des vorigen Jahrhunderts im Zuge der zu dieser Zeit vermehrt vorgenommenen Maßnahmen zur Entlastung des Staates (bzw des Staatshaushalts) herausgebildet haben und die stark an die in Deutschland verwendete Terminologie angelehnt sind (insb „Ausgliederung" und „Privatisierung"). Da es sich bei diesen Begrifflichkeiten ganz überwiegend um wissenschaftliche Begriffe handelt, deren Bedeutungen in der Literatur je nach Autor und Erkenntnisinteresse zum Teil sehr unterschiedlich ausfallen, sind sie auch in dieser Arbeit in dem hier herangezogenen Verständnis darzustellen. Bedingt durch den Gegenstand der Untersuchung werden die „Privatisierung" und deren Derivat „funktionelle Privatisierung" etwas eingehender zu beleuchten sein.

Weiters werde ich mich im ersten Teil der Untersuchung mit den Modalitäten der Erfüllung von Staatsaufgaben näher auseinandersetzen. Durch eine systematische Aufschlüsselung der dabei zu Tage tretenden Elemente der „Aufgaben", der „Befugnisse" sowie der „Zuständigkeit" je bestimmter Organe zur Herbeiführung tatsächlich wahrnehmbarer Veränderungen in der Außenwelt durch die Setzung konkreter Maßnahmen soll der Grundstein für die weiteren Erörterungen gelegt werden. Darauf aufbauend sollen durch eine Beleuchtung des schon im Bundesverfassungsrecht angelegten Zusammenspiels der Sicherheitsbehörden und der Wachkörper konkrete Ansatzpunkte für eine denkbare Beteiligung privater Rechtsträger an der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben gewonnen werden.

Den Abschluss zum ersten Teil bilden schließlich Überlegungen zu den Grenzen, die dem einfachen Gesetzgeber gegenüber den etwaig zur Erfüllung von Staatsaufgaben herangezogenen privaten Rechtsträgern durch die Grundrechte gezogenen sind; weiters erfolgen Erörterungen zu den rechtlichen Grundlagen des Sicherheitsgewerbes sowie

schließlich zu etwaigen Vorgaben, die das europäische Gemeinschaftsrecht den nationalen (Verfassungs-) Gesetzgebern in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand setzt.

Im zweiten Teil erfolgt dann der Versuch, anhand der verfassungsrechtlichen Grundlagen die Systematik zwischen den Elementen „Quantität", „Qualität" und „Ingerenz" darzustellen. Zu diesem Zweck sollen nach Skizzierung der jüngeren einschlägigen Judikatur des VfGH die eben genannten Elemente auf Basis der bundesverfassungsgesetzlichen Baugesetze einzeln von Grund auf dogmatisch hergeleitet sowie ihre gegenseitige Beeinflussung herausgearbeitet werden. Hierbei wird auch zu zeigen sein, dass diese grundsätzliche Systematik zwischen den genannten Elementen in allen Fällen zu beachten ist, in denen nichtstaatliche Rechtsträger an der Erfüllung von Aufgaben der staatlichen Verwaltung beteiligt werden, sowie, dass die Beteiligung privater Rechtsträger an der Erfüllung von Aufgaben der allgemeinen Sicherheitspolizei hierbei nur einen Unterfall darstellt.
Im Rahmen der näheren dogmatischen Auseinandersetzung mit den Elementen „Quantität" und „Qualität" werden auch die vom VfGH in seinen einschlägigen Erkenntnissen herangezogenen Kriterien der „vereinzelten Aufgaben" und der „Kernaufgaben" auf ihre dogmatische Nachvollziehbarkeit sowie auf ihre Brauchbarkeit für die Praxis hin überprüft. Für etwaige dabei entdeckte Mängel sollen Lösungsvorschläge unterbreitet werden.
Schließlich soll in diesem zweiten Teil der Versuch unternommen werden, anhand der zu den Elementen „Quantität", „Qualität" und „Ingerenz" erzielten Ergebnisse absolute Grenzen zu finden, die bei der Beteiligung nichtstaatlicher Rechtsträger an der staatlichen Verwaltung jedenfalls zu beachten sind und über die der einfache Gesetzgeber daher keinesfalls hinausgehen darf. Bei diesem Vorhaben ist es allerdings nicht zu vermeiden, dass die Ausführungen teils sehr allgemein und abstrakt gehalten werden, da bislang noch keine herrschende Meinung darüber besteht, wie solche absoluten Grenzen gefunden und begründet werden können bzw ob solche Grenzen überhaupt bestehen. Insoweit stellen also die in diesem Rahmen angestellten Überlegungen durchaus Pionierleistungen dar. Zur Gewährleistung der notwendigen Nachvollziehbarkeit in der Erzielung der Ergebnisse müssen daher auch erst die

grundsätzlichen Strukturen und Zusammenhänge herausarbeitet werden und wird deshalb der Weg vom Allgemeinen zum Besonderen zu gehen sein.
Als Abschluss und kurze Zusammenfassung der Ergebnisse dieses Teils wird ein Schema vorgeschlagen, wie hinkünftig die Beteiligung nichtstaatlicher Rechtsträger an der staatlichen Verwaltung - und damit auch und insb die Beteiligung privater Rechtsträger - geprüft werden könnte, um auf diesem Weg ein Mindestmaß an Einheitlichkeit in den verfassungsgerichtlichen Begründungen sowie nicht zuletzt auch ein Mindestmaß an Vorhersehbarkeit für den einfachen Gesetzgeber für weitere einschlägige Gesetzesvorhaben zu erzielen.

Aufbauend auf dem zweiten Teil widmet sich der dritte und letzte Teil der Gewinnung konkreter Ergebnisse zum untersuchungsleitenden Thema der „Beteiligung Privater an der Erfüllung von Aufgaben der allgemeinen Sicherheitspolizei“. Nicht nur wegen der Vagheit der zur Erkenntnisgewinnung zur Verfügung stehenden normativen Grundlagen, sondern auch und insb aufgrund der Ansicht des VfGH, die allgemeine Sicherheitspolizei bzw die Innere Sicherheit überhaupt stelle eine gänzlich beleihungsfeindliche „Kernaufgabe“ dar, konzentrieren sich die Erörterungen auf die dogmatische Überprüfung dieser Aussage.
Im Anschluss an eine zusammenfassende Darstellung der Ergebnisse soll schließlich ein Vorschlag unterbreitet werden, wie eine zukünftige verfassungsgesetzliche Regelung gestaltet werden könnte, um die Beteiligung nichtstaatlicher Rechtsträger an der staatlichen Verwaltung (insb aber an der Rechtssatzform der „Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt iSd Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG) auf eine ausdrückliche normative Grundlage zu stellen. Dieser Vorschlag versteht sich jedoch keineswegs als abgeschlossen, sondern vielmehr nur als Grundlage für weitere Überlegungen.
Als Abschluss der Untersuchung werden schließlich zwei bislang tatsächlich umgesetzte Beispiele der Einbindung privater Sicherheitsdienste in die staatliche Hoheitsverwaltung auf ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit hin überprüft. Hierbei handelt es sich einerseits um die nach dem LSG bestehende Möglichkeit, private Sicherheitsunternehmen mit Kontroll- und Durchsuchungstätigkeiten auf Flughäfen

einzusetzen, sowie andererseits um die im GOG vorgesehenen hoheitlichen Aufgaben und Befugnisse allenfalls durch Vertrag herangezogener privater Sicherheitsdienste.

1.3 Bemerkungen zu Methode und Verfassungsvorverständnis

Das Thema dieser Arbeit ist hauptsächlich auf der Ebene des (formellen[33]) Verfassungsrechts zu erörtern. Diese in der österreichischen (nationalen) Rechtsordnung an „oberster" Stelle[34] stehende Rechtsschicht lässt sich - systematische betrachtet - in zwei Elemente trennen[35]:

- erstens in das auch heute noch mancherorts als wertneutral bezeichnete Organisations- und Verfahrensrecht als „Spielregeln" für die Machterlangung und Machtausübung im Rechtsgefüge „Staat", und
- zweitens in die durch die jeweiligen Verfassungsbestimmungen konstituierte Wertordnung; hier allen voran die den einzelnen Rechtssubjekten[36] gewährten Grundrechte und -freiheiten[37].

Vor allem hinsichtlich des zweit genannten - also grundrechtlichen - Teils des Verfassungsrechts hat sich nun in den 1980-er Jahren des vorigen Jahrhunderts ein Wandel in der Rechtsprechung des VfGH vollzogen. Wurden die grundrechtlichen

---

[33] Zur Unterscheidung zwischen formeller und materieller Verfassung siehe zB *Koja*, Verfassung 349 ff; *Schambeck*, Verfassung 247 ff.

[34] ISd Stufenbaus der Rechtsordnung nach der rechtlichen Bedingtheit; vgl dazu insb *Merkl*, Prolegomena 252 ff; *Merkl*, Verwaltungsrecht 37, 172; *Kelsen*, Reine Rechtslehre 228; *Walter*, Aufbau 53 ff, insb 60 ff; jüngst wieder *Grabenwarter*, Hierarchie Rz 5 ff.

[35] Vgl zB *Berka*, Verfassungsrecht Rz 12; *Korinek*, Verfassungsinterpretation 371; *Schambeck*, Staatsstrukturbestimmungen 870; *D'Atena*, Konstitutionalismus und Grundrechte 158; differenzierender aber zB *Koja*, Verfassung 355.

[36] Insb natürliche Personen und juristische Personen des Privatrechts als „echte" Private (siehe dazu unten Punkt 2.5.2). Zur Frage, inwieweit auch juristische Personen des öffentlichen Rechts grundrechtliche Positionen für sich in Anspruch nehmen können, siehe zB *Berka*, Grundrechte Rz 171 ff; *Holoubek*, Konsequenzen 39 ff.

[37] Außer den Grund- und Freiheitsrechten lassen sich in diesem Zusammenhang zB noch die Staatszielbestimmungen anführen, wie zB das Bekenntnis zu umfassendem Umweltschutz, zu umfassender Landesverteidigung oder zu gesamtwirtschaftlichem Gleichgewicht; vgl dazu zB *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 1 Rz 10.017 ff; *Berka*, Verfassungsrecht Rz 12; *Korinek*, Verfassungsinterpretation 371. Solche Staatszielbestimmungen finden sich in der österreichischen Rechtsordnung jedoch nur sehr vereinzelt; siehe im Übrigen auch unten Punkt 2.1.4.

Gesetzesvorbehalte vor diesem Wandel noch überwiegend formal-begriffsjuristisch verstanden (so dass also für die Rechtmäßigkeit eines grundrechtlichen Eingriffs bereits das bloße Vorliegen eines formalen Gesetzes genügte), so änderte sich dies insofern, als dass nun zunehmend auch materielle Gesichtspunkte Eingang in die grundrechtliche Interpretation gefunden haben.[38] Dies manifestierte sich insb in der Entwicklung des Gebots der Verhältnismäßigkeit für jeden grundrechtlichen Eingriff.[39] Aus heutiger Sicht kann man wohl behaupten, dass die Grundrechte in ihrer Wirkung als materielles Element des rechtsstaatlichen Prinzips über die bisher geschilderte Entwicklung hinaus überhaupt auf die ganze Rechtsordnung ausstrahlen und die Staatsgewalt in allen ihren Erscheinungsformen und auf allen Ebenen verpflichtet.[40]

---

[38] Siehe zu diesem Judikaturwandel zB *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 3 Rz 41.049 ff; *Berka*, Grundrechte Rz 116 ff; *Berka*, Verfassungsrecht Rz 1202; *Holoubek*, Interpretation 45 ff; *Klecatsky/Walzel von Wiesentreu*, Menschenrechtsstaat 210; *Schambeck*, Interpretation 89 ff; *Stelzer*, Wesensgehaltsargument 104 ff; *Thürer*, Die Worte des Richters 289 ff, insb 291; *Oberndorfer*, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit 117 ff. Maßgebenden Einfluss auf diesen Judikaturwandel hatte neben der entsprechenden Kritik durch die Lehre vor allem auch die selbstbewusste Rechtsprechungspraxis der Strassburger Organe zur EMRK.
Für die Auslegung der EMRK bestreiten wohl auch *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 1321, die Beachtlichkeit objektiv-teleologischer Argumente nicht; zumindest wird von ihnen die „dynamische und evolutive" Auslegungspraxis der Straßburger Organe nicht ausdrücklich abgelehnt. Die Beachtung materieller Gesichtpunkte bei der Auslegung der formellen Gesetzesvorbehalte des StGG wird von ihnen sogar ausdrücklich begrüßt. Kritischer dagegen ist ihre Haltung bei der Ableitung von Schutzpflichten aus den Grundrechten des „StGG über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger", siehe dazu bei den genannten Autoren die Rz 1327, 1333. Im Übrigen sind diese Autoren aber unzweifelhaft der gesetzespositivistischen Schule zuzurechnen und gestehen daher konsequenter Weise teleologischen Argumenten nur eingeschränkte Möglichkeiten bei der Sinnermittlung (verfassungs-) rechtlicher Normen zu, siehe Rz 131. Vgl dazu insb auch die Beiträge dieser Autoren im Sammelwerk von *Walter (Hg)*, Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre (1991).
Auch rechtspolitisch ist dieses gewandelte Verständnis der Grundrechte mE zu begrüßen, da sie andernfalls Gefahr laufen würden, bloß inhaltsleere Worthülsen zu bleiben. Dies war im Übrigen ein Schicksal, das die Grundrechte zB in den Staaten des ehemaligen Ostblocks bis zur Wende ereilt hatte. Dabei handelte es sich aber weniger um ein Problem der Rechtserkenntnis oder der Methodologie als viel mehr um eines des fehlenden Rechtsschutzes. Es waren wohl am Papier Grundrecht vorhanden, die allerdings vor keiner Instanz eingeklagt werden konnten bzw für die keine unabhängigen Richter zuständig waren. Damit hängt auch zusammen, dass die Grundrechte in diesen Staaten vorrangig nicht das Wohl des Individuums, sondern das der Gemeinschaft im Auge hatten; siehe dazu zB *D'Atena*, Konstitutionalismus und Grundrechte 158 f.

[39] Siehe insb VfSlg 10.179/1984 als Markstein in der Entwicklung, sowie darauf Bezug nehmend *Stelzer*, Wesensgehaltsargument 104 ff, insb 143 ff.

[40] Vgl *Adamovich*, Grundrechte 24 f; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 1 Rz 10.006; *Korinek*, VVDStRL 39, 41 ff; *Korinek/Gutknecht*, Grundrechte 318; *Holoubek*, Grundrechtsdogmatik 37 f; *Pernthaler*, Rechtsstaat 151 f, 154 ff; *Stern*, Optimierung 9 f; *Berka*, RichterInnen 115, 122; *Berka*, Grundprinzip 13 ff; *Berka*, Verfassungsrecht Rz 12, 204 spricht im Zusammenhang mit Grundrechten und Staatszielbestimmungen ausdrücklich von den in der staatlich verfassten Gemeinschaft verankerten Werten und Zielen, durch die sowohl Gesetzgebung als auch Vollziehung verpflichtet werden; so auch zB *Hiesel*, Verfassungsinterpretation 307 f.

Demgegenüber wurde der organisations- und verfahrensrechtliche Teil der Verfassung noch längere Zeit weitgehend wertneutral verstanden[41]. Begründet wurde diese Auffassung gemeinhin damit, dass die Entstehung des B-VG 1920 stark unter dem Einfluss der (wertskeptischen) rechtpositivistischen Lehre stand, da einer ihrer berühmtesten Vertreter, *Hans Kelsen*, (zumindest) maßgeblich an der Ausarbeitung der Entwürfe zum späteren B-VG beteiligt war. Dessen rechtstheoretischer Standpunkt sei in die Verfassungsgesetzgebung des Jahres 1920 mit eingeflossen, weshalb es daher die Absicht des historischen Verfassungsgesetzgebers gewesen wäre, die Bundesverfassung „nur" als Rechtserzeugungsregel zu konzipieren und somit der Politik einen entsprechend großen Freiraum zur Gestaltung der einfachgesetzlichen Rechtlage zu belassen[42]. Darüber hinaus standen sich die politischen Akteure zur Zeit der Entstehung des B-VG mit ihren jeweiligen ideologischen Standpunkten derart unversöhnlich gegenüber, so dass infolge auch die Bildung eines (neuen) konsensfähigen Grundrechtskatalogs scheiterte und deshalb das „StGG über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger" aus dem Jahre 1867 rezipiert wurde (gemäß Art 149 Abs 2 B-VG allerdings mit Ausnahme von Art 20 StGG über die Suspension von Grundrechten im Ausnahmezustand).[43]

Auch wenn ich nun der soeben erwähnten Auffassung zur ursprünglich beabsichtigten Wertneutralität der organisations- und verfahrensrechtlichen Bestimmungen der Verfassung des Jahres 1920 gar nicht im Grundsätzlichen entgegen treten möchte, so ist

---

[41] Vgl zB noch die Vorauflage von *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 1 Rz 03.022, aus dem Jahr 1997; *Schambeck*, Verfassung 253; ebenso *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 30 ff, der eine grundlegende Änderung der Judikatur ebenfalls nur im Bereich der Grundrechte feststellt; offenbar kritisch zum Verständnis der Verfassung als „bloße" Spielregelordnung aber *Ermacora*, Entstehung 25, der das B-VG idF 1920 als Verfassung im materiellen Sinn qualifiziert; vgl auch die Ausführungen im Bericht des Ausschusses 1 des Österreich-Konvents auf Seite 4. Ein deutlicher Hinweis des VfGH, dass bei der Interpretation organisationsrechtlicher Bestimmungen auch grundrechtliche Erwägungen mit einzubeziehen sind, erfolgte in VfSlg 17.341/2004; siehe dazu unten Punkt 4.4.

[42] Vgl zB *Schäffer*, Interpretation 59, 77; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 1 Rz 01.030 f; grundsätzlich auch *Ermacora*, Entstehung 9,13, der aber den Anteil *Kelsens* an der Gestaltung der Verfassung relativiert.

[43] *Schäffer*, Interpretation 64; eine Übersicht über die an der Entstehung des B-VG idF 1920 beteiligten Kräfte bietet *Ermacora*, Entstehung 8. Vgl zu den gescheiterten Bemühungen der politischen Parteien, eine Übereinkunft in der Frage der Grund- und Freiheitsrechte zu erzielen, eingehend *Ermacora*, Entstehung 15 ff. Auch im *Bericht des Verfassungsausschusses der Konstituierenden Nationalversammlung über den Entwurf eines Gesetzes, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird (Bundes-Verfassungsgesetz)* findet sich eine Anmerkung über das Fehlen eines grund- und freiheitsrechtlichem Abschnitts, abgedruckt in *Schambeck* (Hg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980) XXIV.

mE aber dennoch festzustellen, dass von einer völligen Wertabstinenz (auch) hinsichtlich dieser Bestimmungen per se wohl nicht gesprochen werden kann. Denn gerade in der Festlegung auf demokratische und rechtsstaatliche Strukturen sowie in der Aufteilung der staatlichen Machtbefugnisse kann doch deutlich die Abkehr von staatlich geübter Willkür sowie von totalitären Machtverhältnissen erblickt werden[44]. Außerdem kann man nicht einfach darüber hinweg sehen, dass trotz aller gegensätzlichen ideologischen und politischen Anschauungen im Jahre 1920 zumindest die Einigung auf den grundrechtlichen Standard des StGG gelungen ist und sich auch in diesem Minimalkonsens gewisse Grundwerte manifestierten.[45]

Schon allein deshalb kann man mE bei der Interpretation des organisations- und verfahrensrechtlichen Teils der Verfassung im Rahmen einer auf möglichste Rationalität und intersubjektive Überprüfbarkeit[46] gerichteten Rechtserkenntnis[47] nicht schon von vornherein auf die Bedeutung „werthaft-teleologischer" Argumente verzichten, da hinter jeder gesetzlichen Bestimmung (und daher auch bei organisations- und verfahrenrechtlichen Bestimmungen, insb aber im Grundrechtsbestand) bestimmte Werte und Absichten stehen, und zwar auch dann, wenn sie vordergründig nur wertneutrale Spielregeln sein wollen.[48]

---

[44] Ebenso *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 1 Rz 01.028; *Gamper*, System FN 4; *Koja*, Verfassung 359; *Kopp*, Demokratie 467 ff; *Melichar*, Gewaltentrennung 22; *Pernthaler*, Verfassungskern 17 ff, 26 ff; *Pöschl*, Gleichheit 186 ff; *Winkler*, Wertbetrachtung 48; *Korinek*, Verfassungsinterpretation 369 f, der unter anderem in den genannten Prinzipien der österreichischen Verfassung sogar positivierte Anknüpfungspunkte für die Rechtsidee *Bydlinskis* (mit den Grundwerten Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit) sieht; vgl dazu auch *Weiß*, Privatisierung 86 f; 97 ff, insb 100 ff.

[45] Zur Auffassung der Grundrechte (auch) als Wertentscheidungen in einer Verfassung zB *Korinek/Gutknecht*, Grundrechte 314 ff, *Schambeck*, Grundwerte 331 f; *Weiß*, Privatisierung 97 ff; in diese Richtung auch *Holoubek*, Interpretation 44 f.

[46] Im Streben nach höchst möglicher Rationalität und intersubjektiver Kontrollierbarkeit im juristischen Denken sieht *Bydlinski*, Methodenlehre 57, das eigentliche Ziel der juristischen Methodologie; vgl auch *Holoubek*, Interpretation 45.

[47] Mit Rechtserkenntnis ist die Ermittlung des Sinnes bzw das Verstehen einer Norm bzw eines Normenkomplexes gemeint; vgl zB *Schäffer*, Interpretation 57; *Winkler*, Rechtstheorie 218. Eine solche Rechtserkenntnis steht genauso im Dienste der Rechtswissenschaft wie auch der Rechtsanwendung; ebenso *Schäffer*, Interpretation 57. *Korinek*, Verfassungsinterpretation 365 ff; vgl dazu auch die kurzen, aber dafür umso prägnanteren Ausführungen bei *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 27. Dies bringt es mE mit sich, stets das Rechtsganze mit in den Blick zu nehmen, um so nicht „vor lauter Bäumen den Wald aus den Augen zu verlieren". Es ist wohl nicht zu übersehen, dass ich damit Anleihe am „hermeneutischen Zirkel" *Gadamers* nehme, wobei ich es hier natürlich nicht unterlasse klärend darauf hinzuweisen, dass in einer rechtsdogmatischen Untersuchung wie der vorliegenden nur auf Argumente aus der positiven Rechtsordnung abzustellen ist; siehe zB *Winkler*, Wertbetrachtung 3, 15 f.

[48] So zB *Pernthaler*, Verfassungskern 17 ff, 26 ff, insb 69; *Gamper*, System 7; *Schäffer*, Interpretation 60; in diese Richtung vorsichtig offenbar auch *Walter*, Hermeneutik 49, obwohl ausgewiesener Rechtspositivist. *Korinek*, Grenzen 29 f, sieht bereits im Erkenntnis VfSlg 14.473/1996

Darüber hinaus und vor allem ist aber auch die Entwicklung der Verfassung bis zum heutigen Tage zu berücksichtigen, die nicht zuletzt von einer immer stärkeren Akzentuierung der Grundrechte gekennzeichnet war und wohl noch immer ist.[49] Wohl markantester Eckpunkt in dieser Entwicklung war der Beitritt Österreichs zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) in Jahre 1958[50], wobei im weiteren Verlauf insb die „dynamische und evolutive" Judiktaur der Strassburger Instanzen Einfluss auf das österreichische Grundrechtsverständnis genommen hat.[51] Dass diese Entwicklung auch für das Verständnis der organisatorischen Bestimmungen der Verfassung nicht ohne Folgen bleiben konnte, wurde mittlerweile auch vom VfGH anerkannt.[52]

Damit soll nun aber keineswegs zum Ausdruck gebracht werden, dass der einfache Gesetzgeber als Folge dieser verstärkten Bedeutung der Grundrechte die von ihm zu setzenden einfachgesetzlichen Maßnahmen schon quasi präjudiziell aus der Verfassung herauslesen kann[53]. Hier ist dem einfachen Gesetzgeber selbstverständlich ein (dementsprechend großer rechts-) politischer Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum durch die Verfassung zugestanden[54]. Aber gerade an den Grenzen dieses verfassungsrechtlichen Rahmens, also dort, wo es um die Frage geht, ob der einfache Gesetzgeber die jeweils in Diskussion stehende Maßnahme (gerade noch oder eben gerade nicht mehr) treffen darf, können nach der nicht zu einem eindeutigen Ergebnis

---

dementsprechende Ansätzen auch in der Rechtsprechung; noch deutlicher wurde der VfGH aber in VfSlg 17.341/2004; siehe dazu näher bei Punkt 4.4.

[49] So auch ausdrücklich *Pernthaler*, Verfassungskern 8 f, 12 ff, 17 ff, der im Übrigen die aktuelle österreichische Bundesverfassung ausdrücklich als „materielle Verfassung" bezeichnet; siehe auch zB *Pernthaler*, Sozialstaat 83; *Funk*, Grundrechtsentwicklung 55 ff; *Gamper* System 8, 12 ff; *Moos*, Entwicklung 21 ff; *Schäffer*, Interpretation 58 ff.

[50] BGBl I 1958/210; mit BGBl I 1964/59 wurde die EMRK in Österreich (ausdrücklich) in Verfassungsrang gehoben.

[51] Siehe dazu FN 38.

[52] Vgl schon VfSlg 2966/1956; weiters VfSlg 11.500/1987, insb aber VfSlg 17.341/2004; vgl auch den Bericht des Ausschusses 1 des Österreich-Konvents Seite 4; dass die Verfassung als Grundordnung für den Staat nicht bloß partikulär, sondern stets als einheitlicher Sinnzusammenhang zu verstehen ist, betont schon insb *Winkler*, Eigenarten 33, 36 f; für Deutschland vgl *Ossenbühl*, VVDStRL 29, 164 f, 205.

[53] In diese Richtung deuten aber manche Aussagen über das Verständnis der Grundrechte als eine so genannte „objektiv-rechtliche" Wertordnung. Für die österreichische Verfassungsdiskussion wird diese Meinung aber ganz überwiegend abgelehnt; vgl nur *Berka*, Grundrechte Rz 91, 101; *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 76 ff, 126 ff; *Kneihs*, Sterbehilfe 115 ff; aber auch für Deutschland *Link*, VVDStRL 48, 45; *Weiß*, Privatisierung 85, 93.

[54] Vgl zB *Holoubek*, Interpretation 45; *Holoubek*, Grundrechtsdogmatik 38 ff, 42 f; *Oberndorfer*, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit 119 f mwN; zur Verfassung als Rahmenordnung siehe zB *Korinek*, Verfassungsinterpretation 372 f.

führenden Ausschöpfung aller anderen „üblichen“ Interpretationsmethoden[55] letztlich doch nur objektiv-systematisch-teleologische Argumente mit Blick auf gewisse verfassungsrechtliche Grundwerte den Ausschlag für die Richtigkeit der Lösung geben.[56] Gerade in diesen Grenzfällen ist es ja anerkannter Maßen besonders wichtig, dass die im Streitfall letztlich von der Verfassungsgerichtsbarkeit zu beantwortenden Fragen unter möglichst intersubjektiv nachvollziehbarer Rationalität entschieden werden, um dem Vorwurf der politischen Einflussnahme durch den VfGH nicht noch weiteren Vorschub zu leisten.[57] Diese Feststellung versteht sich insb vor dem Hintergrund der Tatsache, dass vor allem bei der Lösung schwieriger verfassungsrechtlicher Fragen die Gefahr der Vermischung rechtsdogmatischer Argumente einerseits mit bloß (weil nicht positivierten) politischen Werthaltungen andererseits besonders evident ist. Dem - insb durch eingehende und möglichst nachvollziehbare Begründungen zu erzielenden, trotz allem aber vor allem im Grenzbereich besonders schwierigen - Auseinanderhalten dieser beiden Sphären kommt daher (nicht zuletzt auch unter demokratischen Gesichtspunkten) besondere Bedeutung zu.[58] Damit ist zugleich aber auch klargestellt, dass es sich bei „werthaft-systematisch-teleologischen“ Argumenten jeweils nur um rechtliche, dh der Rechtsordnung entnommene Argumente handeln muss.[59] Nicht positivierte, dh außerhalb der

[55] Siehe dazu insb den auf *Savigny* zurückgehenden Methodenkanon (grammatikalische, systematische, historische sowie teleologische Interpretation); siehe dazu im Weiteren zB *Bydlinski*, Methodenlehre 436 ff, oder *Engisch*, Einführung 91 ff.

[56] So auch *Holoubek*, Interpretation 44 f; vor dem Hintergrund der Verfassung als gesamthafte Sinneinheit die Methode der systematischen Interpretation ebenfalls in den Vordergrund stellend *Winkler*, Eigenarten 30, 33.

[57] Dies meint offenbar auch *Schäffer*, Interpretation 80; idS ist daher die (fehlende) Begründung des VfGH zB in VfSlg 14.473/1996 hinsichtlich der Kriterien der „vereinzelten Aufgaben“ und „Kernbereichen“ bzw „Kernaufgaben“ bedenklich; siehe dazu eingehend die Punkte 6.1 und 7.2. Zur Debatte zwischen „judicial activism“ und des „judicial self restraint“ siehe ausführlich *Berka*, Grundrechte Rz 138 ff; zum Spannungsverhältnis zwischen parlamentarischer Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit ganz allgemein zB *Oberndorfer*, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit 105 ff; *Öhlinger*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie 125 ff; *Schambeck*, Verfassungsgerichtsbarkeit 185 ff; *Kirchhof*, Rechtsprechung 89 ff; eingehend auch *Stelzer*, Wesensgehaltsargument 24 ff, 288 ff, der an den angegebenen Stellen auch den argumentationstheoretischen und philosophischen Hintergrund beleuchtet.

[58] *Schambeck*, Verfassungsgerichtsbarkeit 186; *Stelzer*, Wesensgehaltsargument 290 f; siehe dazu für die sich gerade auch für den Bereich der Grundrechte ergebenden Fragen *Adamovich*, Grundrechte 14 f sowie allgemeiner 19 f.

[59] Vgl zB *Mayer*, Interpretationstheorie 63; in seiner Grundsätzlichkeit und ohne Bezugnahme auf das positive Recht aber wohl darüber hinaus gehend *Bydlinski*, Methodenlehre 454; siehe dazu aber andererseits auch *Korinek*, Verfassungsinterpretation 369 f, der für die von *Bydlinski* in seiner Rechtsidee herangezogenen Elemente sehr wohl Anhaltspunkte in der Rechtsordnung sieht und diese daher wohl auch als (subsidiären) Interpretationsmaßstab anerkennt.

Rechtsordnung gefundene und damit den dogmatischen Nachweis schuldig bleibende Gesichtspunkte, wie zB rein (rechts-) politische oder ethische, können dagegen für die Rechtserkenntnis nichts beitragen.[60] Gemäß dem gewaltenteilenden System der österreichischen Bundesverfassung ist dann der VfGH eben auch auf diese rein rechtsdogmatischen Begründungen verwiesen. Zur Aufhebung einfacher Gesetze ist er daher folgerichtig nur dann ermächtigt, wenn die Grenzen der durch den Verfassungsgesetzgeber erlassenen Rahmenordnung überschritten wurden. Rechtpolitische Wertungen innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens (oder mit anderen Worten: die voluntative Auffüllung des durch die Verfassung gezogenen Handlungsspielraums) hat er dagegen dem direkt durch das Volk gewählten und damit im Vergleich zum VfGH deutlich stärker demokratisch legitimierten einfachen Gesetzgeber zu überlassen.[61] Die Klärung der Frage allerdings, wo im jeweiligen Fall die angesprochenen verfassungsrechtlichen Grenzen nun tatsächlich verlaufen, kann eine nicht unbedeutende Herausforderung an die Interpretation der verfassungsrechtlichen Grundordnung darstellen. Dies gilt natürlich vor allem dann, wenn entsprechend deutliche - und damit in weitgehend konsensfähiger Weise konkretisierbare - dogmatische Anknüpfungspunkte fehlen. Wie unten gezeigt werden wird, haben diese Überlegungen vor allem im Zusammenhang mit dem Element der „Ingerenz“ und seiner Wechselwirkung mit den Elementen „Quantität“ und „Qualität“ sowie den daraus abzuleitenden Grenzen für den einfachen Gesetzgeber ihre praktische Relevanz.[62]

---

[60] Vgl nur *Winkler*, Wertbetrachtung 15 f, 27, 51 f; jüngst wieder *Jestaedt*, Verfassungstheorie Rz 58 ff; *Hillgruber*, Verfassungsinterpretation Rz 28; hier ist insb auch vor einer (zB ethisch oder sonst wie außerrechtlich motivierten) Überfrachtung vor allem des Gleichheitssatzes zu warnen, der ja vom VfGH offenbar als einer Art „Übergrundrecht“ verstanden wird; vgl dazu zB *Holoubek*, Grundrechtsdogmatik 34 ff; *Korinek*, Gleichheitsgrundsatz 39 ff; *Schäffer*, Interpretation 60, 76; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 1348; *Adamovich*, Diskussionsbeiträge 207.

[61] Vgl dazu zB *Holoubek*, Verwaltungsorganisation 241 ff. Innerhalb dieser verfassungsrechtlich festgelegten Entscheidungsfunktion auf rechtsdogmatischer Ebene, die mit den Mitteln der Verfassungsinterpretation zu erfüllen ist, soll aber kein Grund bzw auch keine Berechtigung für den VfGH zu einem „judicial self-restraint“ bestehen, so zB *Oberndofer*, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit 106 ff, 120; *Schambeck*, Verfassungsgerichtsbarkeit 197 ff; *Korinek*, Gleichheitsgrundsatz 52; damit verschiebt sich das Problem aber lediglich zur Frage, was noch zur Rechtsdogmatik gehört und was nicht; daher skeptisch *Öhlinger*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie 148; siehe dazu aber auch die Ausführungen bei *Stelzer*, Wesensgehaltsargument 294 ff.

[62] Siehe dazu insb die Punkte 9.2 und 9.3; allerdings lässt sich bei der näheren Erörterung des qualitativen Elements nach der in dieser Arbeit vertretenen Meinung sehr wohl eine absolute Grenze finden; siehe dazu näher Punkt 9.4 und in Bezug auf die allgemeine Sicherheitspolizei Punkt 10.

Damit möchte ich die Ausführungen zu angewandter Methodik und dem der Untersuchung zugrunde liegenden Verfassungsvorverständnis[63] abschließen. Um es nochmals kurz zusammenzufassen: die beiden - von einem materiellen Verfassungsverständnis ausgehenden und für die vorliegende Arbeit wesentlichen - Ausgangspositionen sind:

- einerseits, dass - in Anerkennung der Verfassung als ganzheitlich zu verstehenden Sinnzusammenhang - auch beim angestrebten Verständnis der organisations- und verfahrensrechtlichen Bestimmungen der österreichischen Bundesverfassung auf systematisch-teleologische Argumente unter Reflexion auf die in der formellen Verfassung (insb aber in den auf das einzelne menschliche Individuum abstellenden Grundrechten) verankerten Werte nicht verzichtet werden kann, sowie
- andererseits, dass - in Anerkennung der Verfassung als ursprünglich entsprechend weit gedachter Rahmenordnung und der damit gegebenen weitreichenden Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers - die Kompetenz des VfGH zur Gesetzesaufhebung erst dann und nur dann besteht, wenn die durch das Verfassungsrecht gezogenen Grenzen durch den einfachen Gesetzgeber überschritten werden; das mögliche Auftreten etwaiger Schwierigkeiten beim argumentativ-dogmatischen Nachweis dieser verfassungsrechtlichen Grenzen sollen aber keineswegs verschwiegen oder gar geleugnet werden.

Unter diesen Prämissen sind die nachfolgenden Ausführungen (und die damit verbundene Kritik an der einschlägigen verfassungsgerichtlichen Judikatur) zu verstehen.

[63] Dass es gerade auch im Zusammenhang mit der Erörterung von (verfassungsrechtlichen) Fragen der Zulässigkeit von Privatisierungsvorhaben auf das (stets unvermeidliche) Verfassungsvorverständnis des jeweiligen Interpreten ankommt bzw dass durch dieses Vorverständnis ganz wesentlich das jeweilige Interpretationsergebnis vordeterminiert wird, betont insb *Weiß*, Privatisierung 53, 55 f, 88 f.

1.4 Politische Motive und deren Bewertung

Beim Thema der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit geht es um einen für das Zusammenleben der Menschen ganz wesentlichen Bereich.[64] Auch wenn diese Untersuchung hauptsächlich eine rechtsdogmatische sein soll, so erscheint es aufgrund dieser gesellschaftspolitischen Bedeutung der genannten Materie dennoch angebracht, die wesentlichsten der in Frage kommenden politischen Motive für Maßnahmen der Entstaatlichung[65] im ebengenannten Bereich und deren mögliche Konsequenzen anzusprechen. Ganz allgemein kann man hierbei schon jetzt vorwegnehmen, dass im Hintergrund all dieser Motive (zumindest auch) die Absicht steht, die Kosten der staatlichen Leistungserbringung zu senken sowie damit zusammenhängend je nach rechtlicher und praktischer Möglichkeit privates Know-how zu nützen. Eine eingehende (rechts-) politische Untersuchung hinsichtlich der hier angerissenen Fragen kann dieser Überblick jedoch nicht ersetzen. Soweit ersichtlich, wurde aber in Österreich bislang eine solche umfassende politikwissenschaftliche Arbeit speziell für den hier interessierenden Bereich noch nicht durchgeführt.[66]

Wenn man nun die vielfältigen Diskussionen in den unterschiedlichsten Bereichen der Politik verfolgt, so zeigt sich regelmäßig zumindest eine Konstante: nämlich das - schon angesprochene - stete Bemühen, die für die Bewältigung der dem Staat obliegenden Aufgaben notwendigen fiskalischen Mittel möglichst auf ein Minimum zu reduzieren.[67] Eine solche finanzielle Entlastung des Staates wäre nun auch bei einer verstärkten

---

[64] Vgl nur *Isensee*, Gemeinwohl Rz 78, sowie die weiteren Nachweise in Punkt 2.1.3.

[65] Zu den Begriffen der Entstaatlichung, Ausgliederung und Privatisierung, siehe unten Punkt 2.5.3 und 2.5.4.

[66] Siehe ganz allgemein zu Motiven für Entstaatlichungen *Baumgartner*, Ausgliederung 233 ff mit Hinweisen auf den Tätigkeitsbericht des Rechnungshof für das Jahr 2000, Bund 2001/5 S 14, und auf das Ausgliederungshandbuch des Bundesministeriums für Finanzen; weiters *Fiedler*, Erfahrungsbericht 78; *Zellenberg*, Kernaufgaben 683 ff. Speziell für den Gegenstand dieser Untersuchung verschafft *Wiederin*, Innere Sicherheit 296 ff, einen ersten kurzen Überblick. Für die durchaus vergleichbare Interessenlage in Deutschland, siehe die in den folgenden FN angeführte Literatur, insb die Hinweise bei *Schmidtchen*, Sicherheit Rz 7, FN 10, sowie *Stober*, Sicherheitsinfrastruktur 68 ff; einen allgemeinen ökonomischen bzw gesellschaftspolitischen Überblick über Entstaatlichungen bieten *Obermann/Obermair/Weigel*, Evaluierung 162 ff; siehe auch die zusammenfassenden Bemerkungen bei *Gutknecht*, Tagungsbericht 105 ff, sowie die gesellschaftskritischen Bemerkungen bei *Thaler*, Unabhängigkeit 791 ff.

[67] In diesem Kontext sind insb auch die gemeinschaftsrechtlichen Maastricht-Kriterien zu nennen. Diese erlauben (vereinfacht gesagt) nur eine jährliche Neuverschuldung idHv 3 % des BIP, insgesamt aber keine Verschuldung über 60% des BIP; siehe dazu *Holoubek* Entstaatlichungsdruck 124 ff; *Baumgartner*, Ausgliederung 168 ff. Die Berechnung der Verschuldung erfolgt nach dem „Europäischen System volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen“ (ESVG), siehe dazu zB *Fleischmann*, Gesamtrechnung 207 ff.

Einbindung des privaten Sicherheitsgewerbes in die Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben denkbar.[68] Voraussetzung für diesen entlastenden Effekt für den Staatshaushalt ist allerdings, dass einerseits nicht alle durch den Einsatz des privaten Sicherheitsgewerbes „überschüssig" werdenden Posten im öffentlichen Sicherheitsdienst nachbesetzt werden und dass andererseits die an die Stelle der staatlichen Exekutivbediensteten[69] tretenden privaten Sicherheitskräfte kostengünstiger beschäftigt werden können als ihre beamteten Kollegen. Vergleicht man nun die Gehaltstabellen des staatlichen Exekutivdienstschemas inklusive der hinzukommenden Zulagen und Nebengebühren[70] mit den Lohntabellen des privaten Sicherheitsgewerbes[71], so darf man in der Tat bei Maßnahmen eines (wenn auch nur teilweise stattfindenden) „Personalaustausches" mit entsprechenden finanziellen Erfolgen rechnen.[72]

Gleichzeitig könnten solche Maßnahmen auch positive Auswirkungen auf den für eine Volkswirtschaft besonders bedeutsamen Arbeitsmarkt[73] haben; denn wenn für denselben finanziellen Aufwand anstatt der „teuren" staatlichen Exekutivbediensteten verhältnismäßig mehr „billigere" private Sicherheitskräfte eine Anstellung bei einem durch den Staat herangezogenen Sicherheitsdienst finden können, so ließe sich insofern auch ein Beitrag zur Senkung der Arbeitslosenquote erzielen.[74]

Wenn man die Vielfalt der Aufgaben des öffentlichen Sicherheitsdienstes bedenkt[75], so darf man in Anknüpfung an das oben genannte Ziel der finanziellen Entlastung des Staates durch „Umtausch" des Personals aber auch nicht übersehen, dass das private Sicherheitsgewerbe trotz Verbesserungen im Bereich der Aus- und Fortbildung[76] (noch) nicht jenes Maß an Qualität erreicht, die der öffentliche Sicherheitsdienst mit seiner zweijährigen intensiven rechtlichen und praktischen Grundausbildung zu leisten im

---

[68] Vgl zB *Klüver*, Sicherheitsgewerbe 29 ff; *Peilert/Lange*, Übertragung 888; *Csaszar*, Kriminalität 56 f; *Stober*, Kooperativer Staat 801.
[69] Gemäß § 145a Abs 1 BDG ist für den Exekutivdienst der Amtstitel „Exekutivbediensteter" vorgesehen.
[70] Insb §§ 72 ff GehaltsG.
[71] Siehe dazu die Informationen bei www.derdetektiv.at.
[72] Ebenso *Klüver*, Sicherheitsgewerbe 38 ff; siehe dazu auch *Olschok*, Preispolitik 59 ff.
[73] Vgl dazu zB *Bofinger*, Volkswirtschaftslehre 189 ff.
[74] Vgl *Klüver*, Sicherheitsgewerbe 39 f.
[75] Nur beispielhaft erwähnt seien die Aufgaben im Bereich des Straßenverkehrs- und Kraftfahrzeugrechts, Waffenrechts, Gewerberechts, Fremdenrechts, des Prostitutionswesens, und natürlich im Bereich des Straf- und Sicherheitspolizeirechts.
[76] Siehe dazu zB die Informationen auf www.detektiv-online.at und www.wifi.at.

Stande ist.[77] Möchte man daher bei der Aufgabenerledigung keinen Qualitätsverlust in Kauf nehmen, so wird, ganz abgesehen von etwaigen verfassungsrechtlichen Grenzen, der Einsatz der privaten Sicherheitsdienste schon vom politischen Standpunkt her nicht in Form eines „flächendeckenden Personalersatzes" anstelle der staatlichen Exekutivbediensteten in Frage kommen, sondern nur in dementsprechend eng zugeschnittenen Aufgabenfeldern.[78]

In dieser Begrenzung der Aufgabenfelder kann zugleich aber auch eine Chance des privaten Sicherheitsgewerbes gesehen werden. Wenn es nämlich dem Sicherheitsgewerbe gelingt, sich auf diesen dementsprechend eng zugeschnittenen Aufgabenfeldern zu spezialisieren, so kann sich das Sicherheitsgewerbe zumindest in diesen Bereichen zu einem echten Partner für den öffentlichen Sicherheitsdienst entwickeln.

Die (verstärkte) Einbindung solcherart spezialisierter privater Sicherheitsdienste könnte im Übrigen auch zu einer effizienteren Aufgabenerledigung der beim öffentlichen Sicherheitsdienst verbleibenden Aufgaben führen. Die staatlichen Exekutivbediensteten könnten dann nämlich von Tätigkeiten entlastet werden, für die sie aufgrund ihrer umfassenden und intensiven Ausbildung objektiv überqualifiziert erscheinen.[79] Insofern könnte also auch auf diese Weise dem verfassungsrechtlichen Gebot der Effizienz[80] genüge getan werden.[81]

---

[77] Aufgrund fehlender gemeinschaftsrechtlicher Harmonisierungsmaßnahmen weichen die Qualitätserfordernisse für das private Sicherheitsgewerbe auch innerhalb der EU-Mitgliedstaaten stark von einander ab; vgl dazu *Olschok*, Wach- und Sicherheitsgewerbe Rz 54 ff; *Eisenmenger*, Europapolitik 23 ff; *Pitschas*, Grundlagen 5 ff. In Österreich erschöpft sich in diesem Zusammenhang die erforderliche Qualität von Arbeitnehmern des Sicherheitsgewerbes neben der Eigenberechtigung in den Tatbestandsmerkmalen der für die jeweilige Verwendung „erforderlichen Zuverlässigkeit und Eignung" nach § 130 Abs 8 GewO; siehe dazu unten Punkt 2.7.1. An dieser Stelle sei aber auch darauf hingewiesen, dass es bereits heute schon entsprechende Möglichkeiten gibt, staatliche sowie private Führungskräfte aus der Sicherheitsbranche gemeinsam auf akademischem Niveau auszubilden, so insb das Bachelorstudium „Polizeiliche Führung" sowie das Masterstudium „Strategisches Sicherheitsmanagement", beide an der FH Wr. Neustadt in Kooperation mit der Sicherheitsakademie des Bundesministeriums für Inneres.

[78] Ebenso ausdrücklich der Bericht der Aufgabenreformkommission (März 2001) 115 Punkt 7 (abrufbar unter www.konvent.gv.at); vgl auch *Wiederin*, Innere Sicherheit 298; *Ziercke*, Sicherheitsstrategie Rz 8, 43 ff.

[79] ZB bloße Objektschutzmaßnahmen, die Überwachung von Werttransporten oder reine Maßnahmen der Verkehrsregelung; vgl dazu auch *Carstensen*, Gewerkschaftspolitik 65 ff; *Riccabona-Zecha*, Geschwindigkeitsmessungen 33; *Öhlinger*, Verkehrsüberwachung 144; *Faber*, Wachdienste 855; *Stolzlechner*, Sicherheitsarchitektur 193 ff; *Stolzlechner*, Übertragung 31 ff; *Stober*, Kooperativer Staat 801.

[80] Im Sinne eines wirtschaftlichen, sparsamen und zweckmäßigen Mitteleinsatzes; siehe dazu auch unten Punkt 5.

[81] Vgl *Klüver*, Sicherheitsgewerbe 31 f, 41 ff.

Rein durch die Optik der Politik betrachtet wird man insb auch auf die Einstellung der Bevölkerung zu einer Kooperation zwischen staatlichen und privaten Sicherheitskräften besonders Bedacht zu nehmen haben.[82] Auf ein etwaig feststellbares Unbehagen der Bevölkerung mit der von staatlicher Seite erbrachten Sicherheitsgewährleistung[83] könnte die forcierte Einbeziehung privater Sicherheitsdienste eventuell eine geeignete Antwort darstellen. Hierbei sollte allerdings tunlichst vermieden werden, dass der Eindruck einer unkontrolliert wuchernden und agierenden „Privatpolizei" bzw einer „Privatarmee" entsteht, so dass sich der angestrebte Effekt, nämlich das subjektive Sicherheitsgefühl der Bevölkerung zu heben, in sein Gegenteil verkehrt.[84] Es wird daher insb auch dem Auftreten und dem Erscheinungsbild der Angehörigen der privaten Sicherheitsdienste wesentliche Bedeutung zukommen.[85] Die genannte Problematik erscheint aber sogleich insofern entschärft, als dass einerseits die sicherheitsgewerblichen Unternehmen untereinander in Konkurrenz stehen und von daher um die Gunst des Staats als Auftraggeber werben. Andererseits besitzen auch die Arbeitnehmer des Sicherheitsgewerbes keine unkündbare Stellung, weshalb auch sie auf ihren „Ruf" bedacht sein müssen und ein bürgerfreundliches Auftreten an den Tag zu legen haben. Man wird daher wohl grundsätzlich davon ausgehen dürfen, dass der marktwirtschaftliche Wettbewerb für die notwendige Seriosität und bestmögliche Qualität bei der Erfüllung der jeweiligen Verpflichtungen sorgen wird.[86]

Darüber hinaus wird aber auch eine entsprechende Aufklärung der Bevölkerung über Aufgaben und Befugnisse der privaten Sicherheitsdienste im Unterschied zu Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes unerlässlich sein. Ebenso wird der deutlichen

---

[82] Vgl dazu zB *Winkler*, Reform 265 ff; siehe weiters *Klüver*, Sicherheitsgewerbe 43 ff, der für Deutschland ein deutlich positives Bild von der diesbezüglichen Einstellung der Bevölkerung zeichnet. Für Österreich fehlen aber bislang derartige Untersuchungen. Ob die Ergebnisse für Deutschland auf Österreich übertragbar sind, kann an dieser Stelle nicht mit der notwendigen Seriosität beantwortet werden.

[83] Vgl *Demmelbauer/Hauer*, Sicherheitsrecht 9, die das Aufblühen des privaten Sicherheitsgewerbes insb auf die Unzufriedenheit der Bevölkerung mit dem vom Staat produzierten Sicherheitsniveau zurückführen.

[84] Vgl *Klüver*, Sicherheitsgewerbe 46 ff.

[85] ZB *Ziercke*, Sicherheitsstrategie Rz 55 ff.

[86] Ebenso *Olschok*, Wach- und Sicherheitsgewerbe Rz 92; wohl auch *Voßkuhle*, VVDStRL 62, 280 FN 44; siehe dazu auch die am ökonomischen Modell orientierten Ausführungen bei *Schmidtchen*, Sicherheit Rz 27 ff, insb 35 ff, 53.

optischen Unterscheidbarkeit der Einsatzkräfte durch verschiedene Uniformierungen Bedeutung zukommen.[87]

Über eine rein fiskalische bzw volkswirtschaftliche und an der Einstellung der Bevölkerung orientierte Betrachtung hinaus ist aber auch zu bedenken, dass der Einsatz privater Sicherheitskräfte auch Auswirkungen auf die Motivation aller Beteiligten (also sowohl von staatlicher als auch von privater Seite) haben kann. Gelingt es, durch die gezielte Beteiligung des Sicherheitsgewerbes an der Erfüllung genau definierte Aufgaben und durch die Nutzung privaten Know-hows[88] die oben erwähnte fachliche Spezialisierung des dabei eingesetzten Personals zu erzielen und gleichzeitig die dabei notwendigen Tätigkeiten nicht zu eintönigen und/oder abstumpfenden Routinehandlungen[89] herabsinken zu lassen,[90] dann besteht wohl begründete Aussicht darauf, dass derart eingesetzte Arbeitnehmer ein (für die optimale Aufgabenerledigung ungemein wertvolles) Bewusstsein für die Notwendigkeit ihrer Arbeit entwickeln.
Können dann in weiterer Folge im Sinn des oben genannten Effizienzgedankens auch die staatlichen Sicherheitskräfte konzentriert auf den ihnen verbleibenden Aufgabenfeldern[91] eingesetzt werden, so kann dies auch innerhalb der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zur Ausbildung eines verstärkten Selbstbewusstseins führen.[92] Gleichzeitig kann aber schon ganz allgemein das Wissen um einen „privaten Partner bzw Konkurrenten“ positive Auswirkungen auf die eigenen Handlungsanreize haben.[93]
Man darf aber auch die gruppendynamischen Risiken einer solchen Kooperation zwischen staatlichen und privaten Sicherheitskräften nicht übersehen. Gelingt es

[87] Ebenso ausdrücklich *Wiederin*, Innere Sicherheit 299; siehe dazu schon jetzt § 129 Abs 6 GewO für die Uniformierung des Bewachungsgewerbes.
[88] Darauf Bezug nehmend *Klüver*, Sicherheitsgewerbe 34. Dieses private Know-how nicht zu nützen bezeichnet *Stober*, Sicherheitsgewerberecht Rz 19, als „unverantwortliche ökonomische Ressourcenverschwendung“.
[89] Abschreckend zB das ständige konzentrierte Beobachten eines oder gar mehrer Monitore ohne Aussicht auf Abwechslung.
[90] Was zugegebener Maßen nicht leicht sein wird; eine eingehende Diskussion dieser und ähnlicher Fragen kann aber an dieser Stelle nicht geleistet werden. Zu den negativen Folgen von Monotonie auf die menschliche Psyche siehe zB *Graumann*, Motivation 30 ff, 33 ff.
[91] Allen voran der befehls- und zwangsbewehrten Beendigung gefährlicher Angriffe sowie der Aufklärung gerichtlicher Straftaten als dem „Traditionsbestand“ sicherheitsbehördlicher Aufgaben.
[92] Ebenso *Olschok*, Wach- und Sicherheitsgewerbe Rz 93. Zum Motiv der Entwicklung einer Gruppendynamik und von Selbstbewusstsein der Bediensteten vgl auch den Bericht der Aufgabenreformkommission (März 2001) 7; *Klüver*, Sicherheitsgewerbe 35 f.
[93] Zur Bedeutung von Handlungsanreizen, siehe zB *Schmidtchen*, Sicherheit Rz 32 ff, 35 ff, 61.

nämlich nicht, die erwähnten positiven Effekte im Bereich der Motivation sowohl bei den Exekutivbediensteten als auch bei den Arbeitnehmern des Sicherheitsgewerbes zu erzielen, so können in einem gänzlich gegenteiligen Sinn Neid und Missgunst die Folge einer engeren Zusammenarbeit sein. Auf Seite der staatlichen Exekutivbediensteten kann die Wurzel solcher Unstimmigkeiten zB darin liegen, dass plötzlich (bezahlte) Überstunden wegfallen, die bislang einen willkommenen Zuverdienst darstellen und (in nicht ganz unbedenklicher Weise) durch langjährige Gewohnheit bereits einen fix eingeplanten Teil des monatlichen Salärs bilden. In der Gruppe der privaten Sicherheitskräfte können dagegen insb die oben erwähnte geringere Bezahlung und die Unsicherheit ihres Arbeitsplatzes die Ursache für ein Gefühl eines „Polizisten zweiter Klasse" sein. Auch der Einfluss und die Wirkung der unterschiedlichen Gewerkschaften bzw Personalvertretungen darf in diesem Zusammenhang nicht übergangen werden. Im Bemühen, das jeweils Bestmögliche für ihr Klientel zu erreichen, können - wenn auch nur unbewusst - gegenseitige Ressentiments erst geschaffen bzw schon vorhandene weiter geschürt werden.[94]

Insgesamt zeigt somit bereits dieser kurze Überblick, dass eine Kooperation zwischen öffentlichem Sicherheitsdienst und privatem Sicherheitsgewerbe durchaus gewinnbringend sein kann, gleichzeitig aber auch nicht zu unterschätzende Risiken in sich birgt.

Sollten sich die politischen Entscheidungsträger tatsächlich zu einer Intensivierung der Zusammenarbeit zwischen Staat und Privat auf dem Gebiet der sicherheitspolizeilichen Aufgaben entschließen, so kann dies schon aus Gründen der politischen Vorsicht wohl nur in sehr behutsamen und wohlüberlegten Schritten erfolgen.[95] Das im Vergleich zu seinen europäischen Nachbarn[96] eher bedächtige Vorgehen des österreichischen Gesetzgebers bestätigt letztlich diese Gedanken.[97]

---

[94] Diese Gefahr sieht auch *Ziercke*, Sicherheitsstrategie Rz 66.

[95] So wohl auch *Zippelius*, Staatslehre 274 ff, demzufolge sich die politischen Entscheidungsträger insb in Fragen der richtigen Aufteilung des Anteils zwischen Staat und Privat in einem ständigen trial-and-error-Verfahren vorzutasten und so das jeweils zeit- und gesellschaftsabhängig richtige Maß zu finden haben.

[96] Vgl dazu zB *Olschok*, Wach- und Sicherheitsgewerbe Rz 43 ff, 98; *Ziercke*, Sicherheitsstrategie Rz 73 f.

[97] Siehe für das Gelingen von Ausgliederungsvorhaben auch die Vorgaben im Tätigkeitsbericht des Rechnungshofs für das Jahr 2000, Bund 2001/5 21 ff; weiters *Fiedler*, Erfahrungsbericht 94; *Baumgartner*, Ausgliederung 238 f.

2. Grundlagen

2.1 Begriffsklärungen: Staatszwecke, Staatsziele, Staatsaufgaben[98]

2.1.1 Einführende Bemerkungen

Wenn man sich mit den Grundlagen der Erscheinung „Staat“ in sowohl staatstheoretischer als auch in rechtswissenschaftlicher Sicht auseinander setzt, so stellt man fest, dass in der Literatur schon in den grundlegenden Kategorien und Begriffsbildungen keine einheitliche Terminologie verwendet wird[99]. Die Ursache dafür liegt hauptsächlich darin, dass es sich bei den gegenständlichen Begrifflichkeiten um keine Rechtsbegriffe, sondern um (rechts-) wissenschaftliche Begriffe handelt[100]. Deren Qualität ergibt sich bekanntlich nicht aus der Differenzierung in die Alternativen Richtig und Falsch, sondern aus der Eignung, jeweils gleich gelagerte rechtliche Erscheinungen durch die Zusammenfassung unter einem Begriff für die wissenschaftliche Diskussion verwertbar zu machen.

Gerade die (rechtliche) Erörterung der Möglichkeiten und Grenzen der Beteiligung privater Rechtsträger an einem für die staatliche Gemeinschaft (politisch) so fundamentalen Bereich wie der inneren Sicherheit bzw der Sicherheitspolizei steht nun in enger Verbindung zu den (staatstheoretischen) Wurzeln der Staatlichkeit.[101] Schon aufgrund dieser offenkundigen „interdisziplinären Betroffenheit“, vor allem aber aus Gründen der notwendigen begrifflichen Klarstellung erscheint es daher auch in dieser Arbeit notwendig, in der gebotenen Kürze und im Hinblick auf den Gegenstand der Untersuchung die wesentlichsten Begrifflichkeiten herauszuarbeiten. Ziel und Zweck der folgenden Ausführungen ist es daher, eine terminologische Basis für die weitere Untersuchung legen.

---

[98] Zu weiteren Kategorien siehe *Isensee*, Staatsaufgaben Rz 4.

[99] Diesen Zustand beklagt auch *Isensee*, Staatsaufgaben Rz 1.

[100] Dieser Befund kann für Österreich genauso wie für Deutschland gezogen werden. Vgl zur Bildung rechtswissenschaftlicher Begriffe zB *Rill*, Verwaltungsbegriff 35 f; *Winkler*, Wissenschaft 18 ff; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 30 ff; *Baumgartner*, Ausgliederung 13 ff.

[101] Vgl zB *Isensee*, Gemeinwohl Rz 78 f; *Link*, VVDStRL 48, 27; *Weber/Schlag*, Sicherheitspolizei 1, 7; ebenso ganz allgemein für Fragen der Entstaatlichung *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 13; näheres siehe sogleich unten.

Die von mir in dieser Arbeit vorgenommene Bildung der folgenden (rechts-) wissenschaftlichen Begriffe orientiert sich am vorliegenden Untersuchungsgegenstand. Wie erwähnt werden in der Literatur den gegenständlichen Begriffen mitunter aber auch andere Inhalte beigemessen.[102] Da in dieser Arbeit kein theoretisches Gesamtkonzept hinsichtlich dieser Kategorien und Begrifflichkeiten entwickelt werden kann, knüpft die folgende Übersicht (nur) an die geltende österreichische Rechtsordnung an, ohne diese dabei bewerten zu wollen.

Nach einem Kurzabriss über die Entwicklung und den aktuellen Stand des Verhältnisses zwischen dem durch diverse Institutionen[103] gebildeten Staat und der diesen Institutionen gegenüberstehenden[104] Gesellschaft möchte die weitere Darstellung der in diesem Abschnitt behandelten Begrifflichkeiten den Weg vom Abstrakten zum Konkreten gehen. Ich beginne daher bei den *Staatszwecken* und werde schließlich nach kurzer Behandlung der *Staatsziele* bei den konkreten *Staatsaufgaben* landen.[105]

In einem Exkurs werden dann die in der einschlägigen staatstheoretischen bzw (rechts-) wissenschaftlichen Diskussion ebenfalls vorkommenden Begriffe der *öffentlichen Aufgaben* und der *Staatsfunktionen* dargestellt und von der Trias Staatszwecke - Staatsziele - Staatsaufgaben abgegrenzt. Weitere Kategorien und Begriffsbildungen[106] werden in dieser Arbeit aus Gründen der Übersichtlichkeit und notwendigen Beschränkung auf das Wesentliche aber nicht behandelt.

---

[102] Vgl die in diesem Abschnitt in den Fußnoten angeführte Literatur.

[103] Damit sind vor allem die vielfältigen Institutionen der Verwaltung angesprochen, mit denen es der Bürger im täglichen Leben, wenn auch nur unbewusst, zu tun hat (zB kommunale Ver- und Entsorgungseinrichtungen, Schulen, Straßendienste etc).

[104] Insb als Antragsteller oder Verpflichteter; ganz allgemein also als Rechtsunterworfener.

[105] Zu dieser - wohl der hM entsprechenden - Abstufung nach dem Abstraktionsgrad kritisch hingegen *Weiß*, Privatisierung 81 f, der allerdings dem Begriff der Staatsaufgaben ein anderes (nämlich viel weiteres) Verständnis zugrunde legt, als es in dieser Arbeit der Fall ist. Aufgrund der mit den einzelnen Begriffen verbundenen unterschiedlichen wissenschaftlichen Methoden ist es jedoch sehr wohl zutreffend, dass von einer logischen deduktiven Ableitbarkeit vom Abstrakten hin zum jeweils „nächstfolgenden" Konkreterem allerdings nicht gesprochen werden kann.

[106] Zu weiteren Begrifflichkeiten und Kategoriebildungen vgl insb *Isensee*, Staatsaufgaben Rz 4.

2.1.2 Das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft[107]

Im 19. Jahrhundert entwickelte sich nicht zuletzt durch die voranschreitende Industrialisierung und der damit einhergehenden wirtschaftlichen Entwicklung eine immer selbstbewusster werdende mittelständische Bürgerschicht. Diese stand dem Staat, personifiziert durch den in Österreich bis zur zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts absolut herrschenden Monarchen und seinem Beamtenstab, krass gegenüber. Aus dieser Zeit stammt daher auch das überkommene Bild vom strikten Dualismus von Staat und Gesellschaft. In Österreich gipfelte dieser Gegensatz im metternichschen Polizeistaat und den Ereignissen des „Vormärz" des Jahres 1848.

Im Rahmen der weiteren Entwicklung und der damit verbunden zunehmenden Beachtung sowohl bürgerlich-liberaler als auch demokratischer Interessen kam es in Österreich (nach einem kurzen Rückfall in den Neoabsolutismus) im Zuge der weiteren konstitutionellen Entwicklung unter anderem zum Beschluss der insgesamt fünf Staatsgrundgesetze[108] und nach dem Ende des 1. Weltkrieges zur Ausrufung der 1. Republik als demokratischem Verfassungsstaat. Schließlich wurde nach der krisenhaften Zwischenkriegszeit und der Beendigung des 2. Weltkrieges unsere heute bestehende 2. Republik als abermaliger demokratischer Verfassungsstaat gegründet, in dem es aufbauend auf den Prinzipien wie Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Bundesstaatlichkeit, und Gewaltenteilung bis zum heutigen Stand der Entwicklung zu einer immer stärkeren Bewusstwerdung und Akzentuierung der Grundrechte kam.

Aus diesem - notwendiger Weise nur sehr bruchstückhaft gebliebenen - Kurzabriss der österreichischen Verfassungsgeschichte lässt sich immerhin erkennen, dass sich die aus der Zeit rund um das Jahr 1848 stammende idealtypische Gegenüberstellung von Staat und Gesellschaft heute nicht mehr in dieser Deutlichkeit aufrechterhalten lässt. Zwar ist nach wie vor grundsätzlich zwischen dem staatlich-hoheitlichen Organisationsgefüge und den einzelnen Rechtssubjekten bzw gesellschaftlichen Gruppen zu

[107] Vgl zB insgesamt *Brauneder*, Verfassungsgeschichte (2009), sowie die idR sehr prägnanten historischen Überblicke in der verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Lehrbuchliteratur; siehe weiters zB *Zippelius* 199 ff, sowie *Weiß*, Privatisierung 13 ff mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

[108] Das „Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger" aus dem Jahre 1867 ist gemäß Art 149 Abs 1 B-VG bis heute rechtsverbindlich; Art 20 des genannten StGG ist davon aber ausdrücklich ausgenommen (Art 149 Abs 2 B-VG).

unterscheiden.[109] Allerdings ist es im Unterschied zu einer absoluten Monarchie gerade das Merkmal eines demokratischen Verfassungsstaates, dass diese staatliche Organisationsform aus den vielfältigen gesellschaftlichen Organisationsformen hervorgeht[110] und durch sie bestimmt wird. Dadurch sind Staat und Gesellschaft miteinander verschränkt, aufeinander angewiesen und sich gegenseitig ergänzend, wobei dieses Zusammenspiel in pluralistischen Demokratien mehr oder weniger stark (aber doch stets und unvermeidlich) von den politischen Parteien geprägt wird[111]. Zur dauerhaften Lebensfähigkeit und Stabilität eines demokratisch-rechtsstaatlichen Systems ist es daher auch in einem sozialpsychologischen Sinn erforderlich, dass der strikte Gegensatz zwischen Staat und Gesellschaft überwunden wird und sich die Bürger mit „ihrem" Staat (zumindest im Großen und Ganzen) identifizieren.[112]

Die Einsicht in dieses gewandelte Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft hatte ab etwa dem letzten Drittel des vorigen Jahrhunderts insbesondere auch Auswirkungen auf die Erledigung der staatlichen Aufgaben[113]. So manche Agenden, die ehemals noch allein vom Staat zu erledigen waren, werden heute von diversen Mischkonstruktionen aus staatlichen und gesellschaftlichen Kräften erfüllt (siehe dazu nur die Fälle der Beleihungen[114], wie zB die Zulassung von Kraftfahrzeugen durch private Versicherer

---

[109] *Berka*, Verfassungsrecht Rz 22; *Raschauer*, Verwaltungsaufgaben 181; *Pernthaler*, Staat und Gesellschaft 455 ff; *Isensee*, Gemeinwohl Rz 29, 95 ff, insb 133, der diese Gegenüberstellung von Staat und Gesellschaft in der repräsentativen Demokratie wesensnotwendig verankert sieht (anders dagegen in einer reinen direkten Demokratie, die sich aber realistischer Weise nicht verwirklichen lässt); ebenso *Ossenbühl*, VVDStRL 29, 144; *Glaeser*, VVDStRL 31, 211; vgl auch *Zippelius*, Staatslehre 201 f.

[110] *Bull*, Staatsaufgaben 68, spricht hier mE zutreffend von einem Zusammenwachsen von Staat und Gesellschaft „von unter her"; unter Reflexion auf die grundrechtlichen Freiheiten ebenso *Isensee*, Gemeinwohl Rz 114 ff; *Raschauer*, Verwaltungsaufgaben 181; zum Einfluss der diversen Verbände auf den Staat siehe zB *Winkler*, Rechtsstaat 166 ff.

[111] So ausdrücklich *Bull*, Staatsaufgaben 68; im Ergebnis ebenso *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 44.001ff; *Berka*, Verfassungsrecht Rz 24; *Kelsen*, Demokratie 20; *Schambeck*, Staatsstrukturbestimmungen 876; *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 18; *Ossenbühl*, VVDStRL 29, 150, spricht von einer „osmotischen Verbindung von Staat und Gesellschaft". Verfassungsrechtsdogmatisch drückt sich dieses Verhältnis (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) insb in Art 1 B-VG iVm Art 24 ff B-VG über die Bundesgesetzgebung und Art 95 ff B-VG über die Landesgesetzgebung, sowie in Art I ParteienG aus; weiters in den Art 10, 11 EMRK bzw Art 12, 13 StGG über die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinsfreiheit, sowie in den durch BGBl I 2008/2 neu eingeführten Art 120a bis Art 120c B-VG über die (nichtterritoriale) Selbstverwaltung.

[112] *Kopp*, Demokratie 484 ff.

[113] *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 44.010; *Baumgartner*, Ausgliederung 5 f. Zu den damit verbundenen Folgeentwicklungen siehe *Gramm*, Privatisierung 94 ff. Einen kurzen Überblick über die strukturellen Unterschiede zwischen der Hoheitsverwaltung und dem sogenannten Dienstleistungsstaat bietet zB *Lehner*, Volkswirtschaftliche Aspekte 39 ff.

[114] Zum Begriff der „Beleihung" siehe unten Punkt 2.5.6.2.

gemäß § 40a KfG oder die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben des LuftfahrtG durch die Austro Control GmbH).[115] Mitunter kam es sogar zu einem gänzlichen Rückzug[116] des Staates aus dem jeweiligen Sachbereich (wie zB die Fälle des Rückzugs aus der ehemals verstaatlichten Erwerbswirtschaft[117] oder die gänzlich aufgehobene Pockenimpfpflicht gegenüber den Rechtsunterworfenen und die damit gleichzeitig aufgehobene Verpflichtung der Bezirksverwaltungsbehörden, Pockenimpfungen durchzuführen[118]). Diese Entwicklung erklärt sich nicht zuletzt auch aus der bereits oben erwähnten Tatsache, dass der Staat in so manchen Bereichen an seine Leistungsgrenzen gekommen zu sein scheint. Damit kann man aber letztlich feststellen, dass eine a priori Zuordnung ganzer Sachbereiche zum Staat oder zur Gesellschaft (zumindest) heute nicht mehr möglich ist[119]. Es geht hier also zunächst um die von der Politik zu lösende Frage nach der jeweils vom gesellschaftlichen Entwicklungsstand abhängigen richtigen Aufteilung der Verantwortungsträgerschaft zwischen Staat und Gesellschaft zur Verwirklichung des Gemeinwohls[120]. Von der Rechtswissenschaft dagegen ist die Frage zu beantworten, wie weit unter dem jeweils durch das Verfassungsrecht bzw Völker- und Gemeinschaftsrecht gezogenen Rahmen eine Entstaatlichung[121] in Bezug auf die bislang vom Staat erfüllten Aufgaben möglich ist.
Dass aus dieser Thematik auch das Gebiet der „inneren Sicherheit“ bzw die Sicherheitspolizei aus rein verfassungsrechtsdogmatischer Sicht nicht vorweg herausgenommen werden kann[122], soll im Rahmen dieser Arbeit gezeigt werden.

---

[115] Mit *Gramm*, Privatisierung 28, ist daher ein klarer Aufgabendualismus, bestehend aus Gesellschaft (gesteuert vor allem durch den Markt bzw den Preis) und Staat (gesteuert vor allem durch das Recht), nicht mehr aufrecht zu erhalten. In staatlich-gesellschaftlichen Mischkonstruktionen sieht daher *Prisching*, Entstaatlichung 22, die eigentliche Herausforderung für das zukünftige Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft. Siehe zu dieser Thematik auch *Wimmer/Kahl*, Unternehmen 1 ff, insb 6 ff mwN; vgl zu den Erscheinungsformen solcher Mischkonstruktionen zB wiederum *Wimmer/Kahl*, Unternehmen 21 ff; siehe im Übrigen auch schon die grundlegenden Beiträge in *Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft* (Hg), Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechte (1973).
[116] In diesem Fall liegt eine Aufgabenprivatisierung vor; siehe dazu auch unten Punkt 2.5.5.1.
[117] Vgl dazu insb *Wimmer/Kahl*, Unternehmen 125 ff.
[118] BGBl I Nr. 1980/583.
[119] Bereits für die Zeit des 19. Jahrhunderts offenbar skeptisch *Bull*, Staatsaufgaben 67; in diese Richtung auch *Steindl*, Staatsreform 13 ff.
[120] Vgl dazu insgesamt *Gramm*, Privatisierung 28 ff; *Baumgartner*, Ausgliederung 25; *Neisser*, Ausgliederungen 65; *Raschauer*, Verwaltungsaufgaben 234 f; *Wimmer/Kahl*, Unternehmen 8; *Heller*, Aufgaben 246; vgl auch Ausschuss I des Österreich-Konvents 6; Bericht der Aufgabenreformkommission (März 2001) 115. Siehe eingehend zum Begriff des Gemeinwohls insb *Isensee*, Gemeinwohl Rz 1 ff.
[121] Siehe zu diesem Begriff unten Punkt 2.5.3.
[122] So aber offensichtlich der VfGH in VfSlg 14.473/1996.

2.1.3 Staatszwecke

Als am grundlegendsten und zugleich abstraktesten stellen sich in der unübersichtlichen terminologischen Vielfalt die so genannten *Staatszwecke*[123] dar. Es handelt sich dabei um einen Begriff, der hauptsächlich in der Staatstheorie Verwendung findet[124]. Man bezeichnet damit vor allem jene Gründe[125], die die Existenz von Staaten legitimieren bzw jene Ziele[126], zu deren Erreichung es so etwas wie Staaten gibt.[127]
Entwicklungsgeschichtlich bildeten sich die ersten Staatszwecklehren im antiken Griechenland[128] heraus, die bis heute noch in der Literatur Beachtung finden. Einen neuerlichen Schub erhielt die Entwicklung dieser Lehren im 17. Jahrhundert, nachdem Europa nach 30 Jahren Religionskriege in Trümmern lag und deshalb sowohl einer philosophischen als auch staatsrechtlichen Neuorientierung bedurfte[129]. Das letzte große Aufleben der Staatszweckdiskussion fand schließlich nach dem Ende des 2. Weltkrieges und der Überwindung des nationalsozialistischen Terrors statt.[130]

Heute gelten als weitgehend anerkannte Staatszwecke vor allem die Sicherung des Friedens im Umgang der Menschen untereinander[131] sowie die Schaffung (und Erhaltung) von Rahmenbedingungen zur Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit.[132]

---

[123] Vgl dazu zB *Jellinek*, Staatslehre 230 ff; *Gramm*, Privatisierung 50 ff; *Brenner*, Staatsaufgaben Rz 11 ff; *Raschauer*, Kernaufgaben 108 f; *Weiß*, Privatisierung 57 ff;
[124] *Bull*, Staatsaufgaben 30, 43; *Brenner*, Staatsaufgaben Rz 12; *Gramm*, Privatisierung 51 f; *Isensee*, Staatsaufgaben Rz 6; *Kneihs*, Mindestsicherung 58 ff.
[125] Siehe dazu zB *Fleiner*, Staatslehre 37 ff; *Schöbener*, Staatslehre 105 Rz 1, 9; *Gramm*, Privatisierung 51; *Isensee*, Staatsaufgaben Rz 7 f.
[126] Siehe dazu zB *Bull*, Staatsaufgaben 17 ff, 20, 29, 347; *Zippelius*, Staatslehre 93 f.
[127] Zur Bedeutung des Nationalstaats aus heutiger Sicht zB *Streinz*, Nationalstaat 1277 ff; zu den verschiedenen Wegen der historischen Staatswerdung vgl zB *Herzog*, Staatstätigkeit Rz 7 ff; *Schöbener*, Staatslehre 133 Rz 77 ff; *Zippelius*, Staatslehre 89 ff.
[128] An erster Stelle sind in diesem Zusammenhang wohl die Schriften von *Platon* und *Aristoteles* zu nennen.
[129] Siehe dazu beispielhaft die Werke von *Hobbes*, Leviathan; *Locke*, Two treatises on government.
[130] *Link*, VVDStRL 48, 13, mwN zur damaligen Situation in Deutschland; einen Überblick über die historische Entwicklung der Staatszecklehren bietet *Weiß*, Privatisierung 57 ff mwN.
[131] Zur Überwindung einer Art kriegerischen Naturzustandes, indem jeder gegen jeden in Konfrontation steht; vgl dazu insb *Hobbes*, Leviathan. Diesen Zweck herausstreichend auch *Berka*, Verfassungsrecht Rz 221; *Berka*, Grundrechte Rz 1; *Klein*, Gewaltmonopol Rz 1; *Kirchhof*, Verfassung Rz 22; *Isensee*, Gemeinwohl Rz 78 f; *Pahr*, Menschenrechte 3; *Schöbener*, Staatslehre 125 Rz 53 ff; *Gramm*, Privatisierung 38 f; *Link*, VVDStRL 48, 27 ff; *Ress*, VVDStRL 48, 83 ff; *Zippelius*, Staatslehre 101 ff.
[132] ISd der Auffassung des Menschen als eines von Natur aus auf die Gemeinschaft angewiesenen Wesens; vgl dazu schon die Ausführungen von *Aristoteles* über den Menschen als zoon politikon; weiters *Link*, VVDStRL 48, 34 ff, 42 ff; *Ress*, VVDStRL 48, 98 ff; *Schöbener*, Staatslehre 123 Rz 46 ff; *Zippelius*, Staatslehre 97 ff.

All dem übergeordnet, quasi als „Zweck der Zwecke“, stehe die Schaffung und Erhaltung des Gemeinwohls.[133]

Ganz abgesehen von der fehlenden rechtlichen Verbindlichkeit der in der „bloßen“ Staatstheorie wurzelnden Staatszwecke ist die Berufung allein auf diese Zwecke als Legitimation für konkretes staatliches Handeln ungeeignet. Aufgrund ihrer notwendigen Abstraktheit und Unbestimmtheit können nämlich unter Umständen auch gänzlich gegenteilige Maßnahmen unter Berufung auf diese abstrakten Zwecke gerechtfertigt werden[134]. Dennoch wäre es aber verfehlt, die Thematik der Staatszwecke gänzlich in den Bereich der Bedeutungslosigkeit zu verweisen, da sie zumindest das nicht zu vermeidende Vorverständnis des Juristen bei der Interpretation des Verfassungsrechts mitprägen[135].

2.1.4 Staatsziele

Ganz generell lässt sich zur Abgrenzung der Staatsziele von den Staatszwecken feststellen, dass sich zwar beide Begrifflichkeiten auf den Staat beziehen, jedoch aus unterschiedlichen Perspektiven. Während nämlich Staatszwecke - wie schon mehrfach erwähnt - „bloß“ in der Staatstheorie bzw Staatsphilosophie wurzeln und insofern daher auch keine normative Wirkung entfalten, entspringen dagegen Staatsziele der aktuellen Rechtsordnung eines individuellen konkreten Staats zu einer bestimmten historischen Phase und zeitigen für alle drei Staatsgewalten (Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit und

[133] Siehe *Link*, VVDStRL 48, 19; ausführlich *Isensee*, Gemeinwohl Rz 1 ff, der das Gemeinwohl als idealtypischen ethischen Maßstab begreift, der einerseits nicht allgemein gültig definierbar, sondern jeweils zeit- und gesellschaftsabhängig ist, und andererseits durch Rechtsvorschriften nicht vollständig fassbar und daher auch in der Realität niemals völlig erreichbar ist. Nach der Auffassung von *Isensee* ist das Gemeinwohl bei der Rechtanwendung durch staatliche Organe stets als präpositiver Interpretationsmaßstab mitzudenken; für die Interpretation des B-VG ist dies allerdings unter Berücksichtigung seines rechtspositivistischen Hintergrundes nur mit der entsprechenden Zurückhaltung zu sehen; siehe auch *Kneihs*, Mindestsicherung 58 ff.

[134] *Gramm*, Privatisierung 54; in diese Richtung wohl auch *Brenner*, Staatsaufgaben Rz 12; *Bull*, Staatsaufgaben 21, sieht diese Problematik speziell bei der Berufung auf die Verwirklichung des Gemeinwohls.

[135] *Bull*, Staatsaufgaben 6; ähnlich *Gramm* Privatisierung 53; vgl auch *Kneihs*, Mindestsicherung 58 ff; zur Bedeutung des unvermeidlichen Vorverständnisses bei der Interpretation von Rechtsvorschriften siehe insb *Gadamer*, Wahrheit und Methode (1975); *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1972).

Verwaltung)[136] insb als Maßstab für die Interpretation von Rechtsvorschriften normative Wirkungen.[137]

Staatszwecke sind dem Staat also quasi von außen durch die Theorie vorgegeben,[138] Staatsziele dagegen sucht er sich selber aus und verankert sie in seiner Rechtsordnung.[139] Staatsziele können sich nach dem hier herangezogenen Begriffsverständnis einerseits aus konkreten Staatszielbestimmungen (wie zB aus dem § 1 Abs 1 BVG über den umfassenden Umweltschutz[140] oder aus Art 9a Abs 1 B-VG zur umfassenden Landesverteidigung[141]) oder andererseits induktiv aus der Interpretation der Rechtsordnung ergeben (so zB die *innere Sicherheit*).[142]

Schließlich sind Staatsziele typischer Weise konkreter als Staatszwecke.[143] Konkrete Handlungsaufträge, Befugnisse oder gar subjektive Rechte lassen sich aus Staatszielen aber nicht herausfiltern[144].

Zur Verdeutlichung soll dies am konkreten Beispiel gezeigt sein: ist - wie oben angemerkt - ganz im Sinne von *Hobbes*[145] zur Vermeidung eines steten kriegerischen Naturzustandes die *Sicherung des Umgangs der Menschen untereinander* ein die Existenz von Staaten legitimierender und daher anerkannter (abstrakter) Staatszweck, so ist die Schaffung und Erhaltung der *inneren Sicherheit* bereits ein aus der gesamten

---

[136] Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit und Verwaltung werden allgemein als *Staatsfunktionen* bezeichnet; ebenso schon *Merkl*, Verwaltungsrecht 19; *Wenger*, Organisationsrecht 345; *Rill*, Verwaltungsbegriff 36 ff; aus der neueren Literatur zB *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 1 Rz 15.004; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 248.

[137] Die Verbindlichkeit von Staatszielen für alle drei Staatsgewalten ebenfalls bejahend *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 1 Rz 03.020, 10.016, 10.022; ebenso *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 31, der zutreffender Weise den jeweils verpflichteten Organen einen entsprechend weiten Gestaltungsspielraum zubilligt; ebenso *Brenner*, Staatsaufgaben Rz 15 f; *Koja*, Verfassung 356; *Isensse*, Staatsaufgaben Rz 8, 10; siehe auch VfSlg 12009/1989 und *Gutknecht*, Umweltschutz 122 ff, speziell zum Staatsziel des umfassenden Umweltschutzes.

[138] *Schöbener*, Staatslehre 106 Rz 5.

[139] Vgl insgesamt *Isensee*, Staatsaufgaben Rz 6 ff.

[140] BGBl I Nr. 1984/491.

[141] Siehe zB *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 1 Rz 10.018; *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 99.

[142] So wohl auch *Weiß*, Privatisierung 204 f, der allerdings in Bezug auf die innere Sicherheit von einer „sekundären Staatsaufgabe" spricht und diese (neben anderen) selbst in die Nähe der Staatsziele bzw Staatszielbestimmungen rückt, ohne dabei aber anzugeben, worin der genaue Unterschied zwischen „sekundären Staatsaufgaben" und Staatszielen liegen soll.

[143] Ebenso *Brenner*, Staatsaufgaben Rz 15, 20; *Link*, VVDStRL 48, 18 f; *Schöbener*, Staatslehre 141 Rz 101; offenbar aA *Isensee*, Staatsaufgaben Rz 16.

[144] *Berka*, Verfassungsrecht Rz 204 ff; *Koja*, Verfassung 356; *Isensee*, Staatsaufgaben Rz 9; *Pernthaler*, Sozialstaat 83; ähnlich *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 90.

[145] Vgl *Hobbes*, Leviathan.

Rechtsordnung herauszulesendes Staatsziel.[146] Neben dem Staatsziel der *inneren Sicherheit* dient aber zB auch das sich aus der konkreten Staatszielbestimmung des Art 9a Abs 1 B-VG ergebende Staatsziel der *umfassenden Landesverteidigung* dem angeführten Staatszweck, diesmal allerdings nicht mit Zielrichtung nach innen, sondern nach außen. Konkrete Aufträge an Gesetzgebung bzw Vollziehung oder subjektive Rechte lassen sich daraus aber jeweils (noch) keine ableiten.

2.1.5 Staatsaufgaben

Auch die rechtswissenschaftliche Unterscheidung zwischen Staatsaufgaben und Staatszielen hat mE ihre Berechtigung. Während nämlich mit Staatszielen nach dem hier herangezogenen Begriffsverständnis eben nur ein jeweils von allen Staatsgewalten zu verfolgendes Ziel normiert wird und ihnen insofern daher bloßer Prinzipiencharakter[147] (als Maßstab für die Interpretation und Normenkontrolle) zukommt, sind hier mit Staatsaufgaben dagegen jene Fälle gemeint, in denen nach außen ein bestimmter Rechtsträger und darüber hinaus im Innenverhältnis (vermittelt durch Zuständigkeitsklauseln) sogar eine bestimmte Organisationseinheit bzw ein bestimmtes Organ (im organisatorischen oder funktionellen Sinn) zur Wahrnehmung der betreffenden Aufgabe verpflichtet wird.[148] Anders als Staatsziele als bloßes Richtmaß bzw Optimierungsgebot für die gesamte Staatsorganisation sind Staatsaufgaben von den zuständigen Organen (voll) zu erfüllen. In diesem Sinn ist es daher mE unzutreffend, bei der Unterscheidung zwischen den Begriffen Staatsaufgaben und Staatszielen nur von einem semantischen Unterschied zu sprechen.[149]

---

[146] Das Staatsziel der inneren Sicherheit lässt sich insb aus Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG, Art 78a Abs 2 B-VG, den materiellen Gesetzesvorbehalten der Grundrechte der EMRK, aber auch aus den unzähligen verwaltungsrechtlichen Bestimmungen, die allesamt letztlich dem umfassend verstandenen Staatsziel der inneren Sicherheit dienen; ebenso zB *Kneihs*, Befehl 109; *Isensee*, Staatsaufgaben Rz 16. Zum Begriff der inneren Sicherheit siehe auch unten Punkt 2.2.1.

[147] *Isensee*, Staataufgaben Rz 9, 11, 16.

[148] Vgl *Wenger*, Organisationsrecht 350 f; *Peters*, Aufgaben 877 ff. Anders als Staatsziele bezeichnen daher Staatsaufgaben einen jeweils abgegrenzten Sektor des staatlichen Wirkungskreises; ebenso *Isensee*, Staatsaufgaben Rz 16; vgl zu den unterschiedlichen Inhalten des Begriffs „Aufgabe“ *Baumgartner*, Ausgliederung 23; siehe dazu auch unten Punkt 2.3.3.1.

[149] So aber der im Zuge des Österreich-Konvents verfasste Bericht des Ausschusses 1 Staatsaufgaben und Staatsziele vom 25.02.2004, 3 (abrufbar unter www.konvent.gv.at).

Staatsaufgaben können durch übernationales Völker- oder Gemeinschaftsrecht oder durch nationales Verfassungs- bzw einfaches Gesetzesrecht festgelegt werden[150]. Wesentlich an dem in dieser Arbeit herangezogenen Verständnis der *Staatsaufgaben* ist somit der diesem Terminus innewohnende Pflichtencharakter im rechtlich-normativen Sinn.[151] Diese normative Wirkung kann sich darauf beziehen, entweder einen von der jeweils zuständigen rechtssetzenden Instanz als positiv bewerteten Zustand herbeizuführen bzw aufrecht zu erhalten[152] oder ein ganz bestimmtes Verhalten (insb eine bestimmte aktive Handlung) zu setzen.[153] Somit kann man auch innerhalb der Kategorie der Staatsaufgaben nach unterschiedlichen Abstraktionsstufen unterscheiden,[154] da sich die Verpflichtung zur Herstellung bzw Aufrechterhaltung eines bestimmten Zustandes auf Grund der gewöhnlich mehreren zur Auswahl stehenden Handlungsalternativen idR als abstrakter erweisen wird als die Verpflichtung zur Vornahme einer ganz bestimmten Tätigkeit.[155] Ihre Gemeinsamkeit besteht aber darin, dass sie jeweils qua rechtlicher Verpflichtung zu erfüllen sind, worin auch - wie oben erwähnt - der Unterschied zu den insb als Interpretationsmaßstäben wirkenden Staatszielen liegt.[156]

Erfüllt der Staat bzw die einzelnen staatlichen Rechtsträger - verstanden als Bund, Länder und Gemeinden[157] - die durch die oben genannten Rechtsquellen gestellten

---

[150] Vgl *Raschauer*, Verwaltungsaufgaben 183 ff; *Baumgartner*, Ausgliederung 24 f; *Schöbener*, Staatslehre 144 Rz 110, 112; weiters *Kneihs*, Befehl 90 f, der im Übrigen zutreffend darauf hinweist, dass sich Staatsaufgaben mitunter erst aus einer Verknüpfung von materiellem Recht und entsprechenden Organisationsvorschriften ergeben können.

[151] *Kneihs*, Befehl 79 ff, insb 81; *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 14 f; *Gamper*, Gemeinwohlverwirklichung 138; *Brünner*, Aufgaben 94; *Link*, VVDStRL 48, 19; wohl auch *Adamovich/Funk/Holzinger,* Staatsrecht Bd 2 Rz 27.010; ähnlich auch *Raschauer*, Verwaltungsaufgaben 183 f, der allerdings von einem sehr weiten Begriff der Verwaltungsaufgaben ausgeht, da er auch die von der Verwaltung „im Rahmen der Gesetze" selbst geschaffenen Aufgaben einbezieht, für die es also keinen spezifischen gesetzlichen Auftrag gibt. Insoweit geht sein Begriffsverständnis über das in dieser Arbeit herangezogene hinaus; ebenso weit *Baumgartner*, Ausgliederung 23.

[152] So haben gemäß § 2 iVm § 3 SPG die Sicherheitsbehörden die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit aufrechtzuerhalten.

[153] ZB § 5 Abs 3 SPG, wonach die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes unter anderem ganz konkret Streifendienst zu versehen haben.

[154] Vgl *Brünner*, Aufgaben 94.

[155] Siehe dazu auch Punkt 2.3.3.1.

[156] Vgl dazu insgesamt *Brünner*, Aufgaben 94.

[157] Gemeint ist also der Begriff des Staates im engeren Sinn entsprechend Art 8 Abs 2 B-VG; demgemäß besteht die Republik Österreich „nur" aus Bund, Länder und Gemeinden; nur diese sind gemäß Art 2 Abs 1 und 2 iVm Art 3 Abs 1 B-VG, Art 116 Abs 1 B-VG Gebietskörperschaften; ebenso von diesem Begriffsverständnis ausgehend *Raschauer*, Grenzen 436; *Saladin*, Grundrechtsprobleme 66; *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen FN 31; *Kucsko-Stadlmayer*, Reduzierung 173 f; *Baumgartner*, Ausgliederung 26;

Aufgaben nicht ordnungsgemäß, so handelt der jeweils verpflichtete Rechtsträger rechtswidrig und wird gegebenenfalls schadenersatzpflichtig[158]. Dieser letzte Aspekt gewinnt insbesondere vor dem Hintergrund der Tatsache an Bedeutung, dass der Staat in den letzten Jahrzehnten zu einer beinahe allgegenwärtigen Größe herangewachsen ist und hierbei eine Vielzahl an rechtlich normierten Aufgaben übernommen hat, deren ordnungsgemäße Erfüllung dem Staat zunehmend schwerer fällt. Es verwundert daher nicht, wenn so manche Stimmen in der Literatur der Auffassung sind, der Staat habe sich in vielen Bereich bereits übernommen und solle sich daher wieder mehr auf das Wesentliche konzentrieren.[159]

Es ist zuzugeben, dass es durch die hier herangezogene Identifikation der Staatsaufgaben mit gesetzlichen Aufgaben zu einer Hervorhebung der Agenden der Hoheitsverwaltung kommt.[160] Da den Gegenstand dieser Untersuchung aber unter anderem die als „klassisch hoheitlich" zu bezeichnenden Aufgaben der allgemeinen Sicherheitspolizei bilden, tut dies - jedenfalls in Bezug auf den vorliegenden Untersuchungsgegenstand - der Geeignetheit der hier gewählten Begriffsbildung keinen Abbruch.[161] Dass der (einfache) Gesetzgeber in diesem Zusammenhang im Übrigen danach trachten sollte, dem jeweiligen Sachbereich und der konkreten Problemlage

---

wohl auch *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 877; anders aber zB *Kneihs*, Befehl 80; offenbar auch *Bull*, Staatsaufgaben 51.

[158] Vgl dazu die amtshaftungsrechtlichen Voraussetzungen des AHG. Ist zur Erfüllung einer dem einfachen Gesetzgeber durch das nationale Verfassungsrecht gestellten Aufgabe auch die Erlassung eines Gesetzes erforderlich, so kann diese Verpflichtung durch die Rechtsunterworfenen nur mittelbar über etwaige Amtshaftungsansprüche geltend gemacht werden.

[159] Vgl dazu den Bericht der Aufgabenreformkommission (März 2001), 6 ff; *Gramm*, Privatisierung 13 ff, 94 ff jeweils mwN; auch *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 8 f, sieht das Ende des Sozial- und Wohlfahrtsstaates gekommen und ihn durch den Organisations- und Gewährleistungsstaat ersetzt. Die Diskussionen ranken sich daher auch zunehmend um die Frage, was denn nun dieses „Wesentliche" des Staates sei. Hier versucht die vorliegende Arbeit, einen Beitrag zur wissenschaftlichen Auseinandersetzung zu leisten. Die Überforderung des Staates ebenfalls bestätigend *Prisching*, Entstaatlichung 21; *Kucsko-Stadlmayer*, Reduzierung 171 ff; kritisch zur Behauptung eines langfristigen quantitativen Aufgabenwandels aber *Raschauer*, Verwaltungsaufgaben 213 ff; einen qualitativen Wandel gesteht dieser Autor aber zu.

[160] Dazu kritisch *Raschauer*, Verwaltungsaufgaben 172, 191; *Raschauer*, Art 77 B-VG Rz 3.

[161] Allenfalls könnte man bei (ausdrücklichen) gesetzlichen Aufgaben auch von Staatsaufgaben ieS sprechen. Wollte man auch diejenigen Aufgaben in der Staatsaufgabenbegriff einbeziehen, die von der Verwaltung bloß „im Rahmen der Gesetze" selbst geschaffen werden, so könnte man von Staatsaufgaben iwS sprechen; siehe dazu insb *Raschauer*, Verwaltungsaufgaben 184 f; *Baumgartner*, Ausgliederung 23.

entsprechend eine möglichst präzise Formulierung der Staatsaufgaben zu erreichen, bleibt aus rechtstaatlicher Sicht noch zu ergänzen[162].

Mit der Kategorie der Staatsaufgaben wäre nun letztlich die konkreteste Ebene erreicht. War die *Sicherung des Umgangs der Menschen untereinande*r noch ein Staatszweck und innerhalb dieses Zwecks die Schaffung und Erhaltung der *inneren Sicherheit* ein Staatsziel, so ist nun zB die sicherheitspolizeiliche *Gefahrenabwehr gemäß § 21 SPG* eine konkrete Staatsaufgabe, die nach derzeitiger Rechtslage (ausschließlich) von den Sicherheitsbehörden gemäß Art 78a Abs 1 B-VG iVm § 4 SPG sowie von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes nach § 5 Abs 2 SPG zu erfüllen ist.[163] Hinsichtlich der konkreten Besorgung der sicherheitspolizeilichen Aufgaben legt beispielsweise § 87 SPG fest, dass jedermann einen subjektiven Anspruch darauf hat, dass ihm gegenüber sicherheitspolizeiliche Maßnahmen nur in den Fällen und der Art ausgeübt werden, wie sie das SPG vorsieht.

Im Übrigen ist zu bemerken, dass im Fokus dieser Arbeit Aufgaben der Sicherheitspolizei und damit „klassische" Aufgaben der Hoheitsverwaltung stehen. Inwieweit und in welcher Variation Staatsaufgaben auch für die Gesetzgebung und die Gerichtsbarkeit (verfassungs-) rechtlich normiert sind, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher erörtert werden.

Abschließend soll noch festgehalten werden, dass das vor allem im Zusammenhang mit sicherheitspolizeilichen Aufgaben viel beschworene „staatliche Gewaltmonopol" keine Staatsaufgabe darstellt. Vielmehr handelt es sich dabei nur um ein Mittel bzw ein

---

[162] Im Ergebnis ebenso *Bull*, Staatsaufgaben 46. Zur „differenzierten Geltung des Legalitätsprinzips" im Rahmen der Hoheitsverwaltung einerseits und der Privatwirtschaftsverwaltung andererseits siehe zB *Adamovich*, Hoheitsverwaltung 77 ff; *Schäffer*, Privatwirtschaftsverwaltung 253 ff; *Korinek/Holoubek*, Privatwirtschaftsverwaltung 68 ff; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 1 Rz 14.008; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 570 f, und jüngst *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 561 ff; weiters insb *Berka*, Eingriff 37 ff, für sogenannte „eingriffsnahe" Gesetze.
Zu der für die Praxis besonders wichtigen Frage, wie man Aufgaben überhaupt als staatliche Aufgaben erkennen und sie von öffentlich-rechtlichen Bürgerpflichten, die als solche eben eigene Angelegenheiten der betroffenen Bürger darstellen, unterscheiden kann, wenn die betreffende Aufgabe nicht durch staatliche Organe (also Organe im organisatorischen Sinn) erfüllt wird, siehe zB *Ossenbühl*, VVDStRL 29, 155 ff. Dieser Frage muss im Rahmen dieser Arbeit aber nicht weiter nachgegangen werden, da es sich bei den Aufgaben der allgemeinen Sicherheitspolizei unstreitig um Staatsaufgaben handelt.

[163] Ebenso *Brünner*, Aufgaben 95 f, zur der von ihm so benannten „Zielhierarchie" beginnend bei abstrakten Staatszecken, über Staatsziele bis zu konkreten Staatsaufgaben.

Instrument[164] zur Wahrnehmung von Staatsaufgaben, dass - jedenfalls in der Form physischer Gewaltsamkeit - in Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes immer nur ultima ratio sein darf.[165]

Mitunter wird das staatliche Gewaltmonopol aber auch als Kriterium zur Bestimmung der sogenannten „Kernaufgaben"[166] herangezogen und fungiert insofern als Beurteilungsmaßstab für die Zulässigkeit von Ausgliederungen bzw Privatisierungen.[167] Es wird zu zeigen sein, dass dies kein geeigneter Weg ist, um absolute Grenzen für die Beteiligung Privater an der Erfüllung von Staatsaufgaben zu begründen.[168]

2.1.6 Exkurs: Staatsfunktionen und öffentliche Aufgaben

Als *Staatsfunktionen* lassen sich die Gesetzgebung, die Gerichtsbarkeit und die Verwaltung benennen[169]. Auf die nähere inhaltliche Darstellung dieser einzelnen Funktionen darf in einer rechtswissenschaftlichen Arbeit wohl verzichtet werden. Abstrakt gesehen weist (zumindest) jeder demokratische Rechtsstaat diese Funktionen auf. Deren konkrete rechtliche Ausgestaltung hängt aber von der jeweiligen gesellschaftspolitischen Entwicklung ab und steht damit letztlich in einer Wechselwirkung zur Stellung des Einzelnen im und zum Staat.[170]

---

[164] Ebenso zB *Raschauer*, Kernaufgaben 107 f; *Herzog*, Staatstätigkeit Rz 37; grundsätzlich auch *Kneihs*, Befehl 55 ff, 77, *Gramm*, Privatisierung 38 f, und *Weiß*, Privatisierung 136 FN 428, die aber unter Hinweis auf die Existenz genuin privater Befehls- und Zwangsbefugnisse, insb dem Notwehrrecht, die Auffassung eines absoluten staatlichen Gewaltmonopols im Sinne eines physischen Gewaltmonopols ablehnen und daher nur ein absolutes staatliches Letztentscheidungs- und Regelungsmonopol anerkennen; ähnlich *Wiederin*, Innere Sicherheit 297 f; *Heller*, Aufgaben 247.

[165] Für den Bereich der allgemeinen Sicherheitspolizei setzten dies die §§ 28 ff SPG um.

[166] Siehe dazu unten Punkt 7.2.4.

[167] In diese Richtung zB *Faber*, Wachdienste 853, 859; *Lachmayer*, Ausgliederungen 758; *Heintzen*, VVDStRL 62, 238; *Thann*, Kraftfahrzeugzulassung 371 ff; kritisch aber zB *Heller*, Aufgaben 247.

[168] Nämlich schon allein deshalb, weil der Versuch der Begründung wissenschaftlicher Begriffe (und um einen solchen handelt es sich bei „Kernaufgaben") durch die Verwendung anderer wissenschaftlicher Begriffe und Kategorien (hier eben des „staatlichen Gewaltmonopols") die eigentlich relevanten normativen Grundlagen verdeckt lässt; genau in diesem Sinn auch *Weiß*, Privatisierung 8.

[169] Vgl zu dieser Trias der Staatsfunktionen schon *Merkl*, Verwaltungsrecht 19; *Melichar*, Gewaltentrennung 6 ff mit zahlreichen wN in FN 1; *Wenger*, Organisationsrecht 345; *Rill*, Verwaltungsbegriff 36 ff; aus der neueren Literatur zB *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 1 Rz 15.004; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 248; *Mayer*, Gerichtsbarkeit 1 ff, 12; *Weiß*, Privatisierung 97; eine weitergehende Differenzierung nehmen *Bull*, Staatsaufgaben 47, und *Isensee*, Staatsaufgaben Rz 23, vor; da sich daraus aber keine weiteren Einsichten ergeben, wird hier auf deren Darstellung verzichtet.

[170] Vgl *Melichar*, Gewaltentrennung 7 f, 23; besondere Bedeutung entwickelte in diesem Kontext speziell in Österreich zB Art 6 EMRK, der eine Neuorientierung vor allem im Verwaltungsstrafrecht erforderlich machte und zur Einführung der unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern (UVS, eingeführt durch

Nimmt man nun speziell Österreich in den Blick, so kann man feststellen, dass die Staatsfunktion Verwaltung (im materiellen Sinn[171]) rein quantitativ die beiden anderen Funktionen (Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit) bei weitem überwiegt[172]. Dies ergibt sich unter anderem aus der Definition der Verwaltung als alle jene Staatstätigkeit, die keine Gesetzgebung oder Gerichtsbarkeit darstellt[173]. Dementsprechend handelt es sich auch bei den in dieser Arbeit erörterten Aufgaben der allgemeinen Sicherheitspolizei um Aufgaben der Verwaltung (wobei sich dies aber natürlich auch schon aus den Bestimmungen der Art 78a ff B-VG und ihrer Einordnung in den Abschnitt A über die „Verwaltung" im dritten Hauptstücks des B-VG ergibt).

Haben sich bisher die eben dargestellten Staatsfunktionen als auch die oben beleuchteten Staatszwecke, Staatsziele und Staatsaufgaben allesamt auf den Staat bezogen, so liegt diese „Staatsbezogenheit" aber bei den sogenannten *öffentlichen Aufgaben* gerade nicht vor. Bei dieser Kategorie handelt es sich also nicht um Aufgaben, die auf den Staat als Aufgabenträger abzielen. Überhaupt geht es hier gar nicht um die Trägerschaft dieser Aufgaben im organisatorischen Sinn, sondern rein um materielle Gesichtspunkte, die Aufgaben zu öffentlichen Aufgaben werden lassen.[174] Ausschlaggebend ist nämlich, dass die Öffentlichkeit aufgrund der Wichtigkeit der betreffenden Aufgaben insgesamt an deren ordnungsgemäßen Erfüllung wesentlich interessiert ist (und nicht bloß Einzelpersonen oder auch nur eine Gruppe von

---

BGBl 1988/685) führte; vgl dazu zB *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 3 Rz 42.115 ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 927/1 f, 1523 ff; siehe zur Bedeutung des Art 6 EMRK für die organisatorische Ausgestaltung der Verwaltungsorganisation insb auch unten Punkt 7.4.3.1.

[171] Zum Verständnis der Staatsfunktionen einerseits als Organisationen und andererseits als Tätigkeiten siehe *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 2 Rz 26.001 ff.

[172] Siehe schon *Merkl*, Verwaltungsrecht XIII, der die Verwaltung als die vielfältigste Staatsfunktion bezeichnet; ebenso zB *Wenger*, Organisationsrecht 346; *Raschauer*, Verwaltungsaufgaben 181; nach *Baumgartner*, Ausgliederung 29, wird der Begriff „Verwaltungsaufgaben" aufgrund deren quantitativen Übergewichts auch synonym mit dem Begriff „Staatsaufgaben" gebraucht; siehe weiters *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 2 Rz 26.021 und ihre Übersicht in Rz 26.022.

[173] Siehe zur (juristischen, nicht verwaltungswissenschaftlichen [vgl *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 2 Rz 26.004 f]) Abgrenzung der Verwaltung von der Gesetzgebung einerseits und von der Gerichtsbarkeit andererseits schon *Merkl*, Verwaltungsrecht 6 ff, 21 ff, der speziell auf das Element der Weisung als Unterscheidungskriterium abstellt; dies kritisierend und daher anders zB *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 2 Rz 26.009 ff; *Rill*, Verwaltungsbegriff S 38 ff.

[174] So ausdrücklich zB *Baumgartner*, Ausgliederung 26 f; *Brenner*, Staatsaufgaben Rz 23; *Walzel von Wiesentreu*, Ausgliederung 15; *Zellenberg*, Kernaufgaben 685; siehe dazu auch das Beispiel des Apothekers bei *Winkler*, Apotheker 225 ff.

Menschen).[175] Wer diese Aufgaben erfüllt, respektive ob die erforderlichen Leistungen vom Staat oder von der Gesellschaft selbst erbracht werden, ist für die Kategorie der öffentlichen Aufgaben irrelevant.[176] Damit wird nun aber auch offensichtlich, dass die Bestimmung derart verstandener öffentlicher Aufgaben mit rechtswissenschaftlichen Methoden nicht möglich ist,[177] sondern fundierter sozialwissenschaftlich-empirischer Erhebungen bedarf.[178] Aber auch wenn solche sozialwissenschaftliche Forschungsergebnisse vorliegen, ist zu bedenken, dass es sich hierbei hauptsächlich um Wertverständnisse handelt, die grundsätzlich nur für eine bestimmte Gesellschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt Gültigkeit haben.[179] Zuzugeben ist jedoch, dass sich die wesentlichsten (also existentiellsten) Angelegenheiten wohl in jeder Gemeinschaft und zu jeder Zeit finden lassen werden. So handelt es sich beispielsweise beim Bedürfnis der Bevölkerung nach Versorgung mit Lebensmittel unstreitig um eine öffentliche Aufgabe, die zu jeder Zeit und in jeder Phase der gesellschaftlichen Entwicklung gegeben sein wird. Dagegen stellen sich aber zB sehr wohl jene Angelegenheiten als gesellschafts- und zeitabhängig (insb aber auch religionsabhängig) dar, die von der Öffentlichkeit zur Verwirklichung von Moral und Sitte für wichtig angesehen werden. Abgesehen von den im täglichen Leben zu beobachtenden Veränderungen, wie beispielsweise in der Mode oder in den gesellschaftlichen Umgangsformen, lässt sich der Wandel in den Sittlichkeits- und Moralvorstellungen auch im Rechtsbestand

[175] Ebenso *Funk*, Probleme 10 ff; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 686; *Hofmann*, Konsequenzen 148; *Brünner*, Aufgaben 97; *Peters*, Aufgaben 877 ff; *Weiß*, Privatisierung 22 ff; *Isensee*, Staatsaufgaben Rz 12. Nach der Auffassung von *Isensee*, Gemeinwohl Rz 36, bildet die Summe aller öffentlichen Interessen das Gemeinwohl (nicht dagegen aber die Häufung der bloß privaten Partikularinteressen); den letztgenannten Autor kritisierend *Weiß*, Privatisierung 110 f, der allerdings unter Bezugnahme auf die gemeinsame Schnittmenge aller Individualinteressen dasselbe meinen dürfte wie *Isensee*.

[176] Dass der Staat kein Monopol auf die Verwirklichung des „bonum commune" besitzt und sich daher auch die Gesellschaft bzw ihre einzelnen Mitglieder daran beteiligen können, ergibt sich bereits aus den Grund- und Menschenrechten; ebenso zB *Kneihs*, Befehl 83; *Heintzen*, VVDStRL 62, 237; *Weiß*, Privatisierung 22 f.

[177] Der Begriff der „öffentlichen Aufgabe" findet aber nicht nur in den Sozial- und Verwaltungswissenschaften Verwendung, sondern wird auch als Rechtsbegriff gebraucht, vgl zB Art I Abs 3 BVG über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks (BGBl 1974/396). In diesem Fall sind zur Begriffsbestimmung selbstverständlich die allgemein anerkannten rechtswissenschaftlichen Methoden heranzuziehen, was hier allerdings ohne Schaden unterbleiben kann.

[178] *Funk*, Probleme 12, der aber auch darauf hinweist, dass eine simple Kategorisierung in öffentliche und nichtöffentliche Aufgaben nicht möglich sein wird, sondern dass vielmehr immer nur von einem graduellen Vorliegen des öffentlichen Charakters auszugehen ist.

[179] ZB *Baumgartner*, Ausgliederung 27; *Funk*, Probleme 12.

feststellen, wenn man zB nur an die Beseitigung der (ehemals sogar gerichtlichen!) Strafbarkeit des Ehebruchs[180] denkt.[181]

Aus der Gemeinwohlbezogenheit allen staatlichen Handelns ergibt sich nun zwangsläufig die Feststellung, dass auch der Staat öffentliche Aufgaben wahrnimmt bzw nur solche wahrnehmen darf.[182] Wenn man nun in Beachtung dieses Umstandes die Staatsaufgaben in ihrem Verhältnis zu öffentlichen Aufgaben betrachtet, so gelangt man zur Einsicht, dass zwar alle Staatsaufgaben zugleich auch öffentliche Aufgaben darstellen, aber nicht alle öffentlichen Aufgaben auch Staatsaufgaben bilden bzw bilden müssen.[183] Denn solange die Gesellschaft selbst die erforderlichen Leistungen insb auf Basis funktionierender marktwirtschaftlichen Prinzipien und Strukturen bereitstellen kann, besteht kein zwingender Grund, dass (auch) der Staat im Wege der Erfüllung von Staatsaufgaben tätig wird.[184]

[180] Beseitigung der (gerichtlichen) Strafbarkeit durch BGBl 1996/762.
[181] Vgl dazu insgesamt auch *Pürgy*, Verfassungsverständnis 20.
[182] Vgl *Korinek/Holoubek*, Privatwirtschaftsverwaltung 33 ff; *Korinek*, Bedingungen 46; *Baumgartner*, Ausgliederung 27 f; kritisch dagegen zur Aussagekraft der Kategorie der „öffentlichen Aufgaben" *Potacs*, PPP 32.
[183] *Baumgartner*, Ausgliederung 28; *Brenner*, Staatsaufgaben Rz 25; *Peters*, Aufgaben 879; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 122, *Raschauer*, Kernaufgaben 109; *Weiß*, Privatisierung 25; *Zellenberg*, Kernaufgaben 685.
[184] Der Zusammenhang zwischen öffentlichen Aufgaben und Staatsaufgaben steht daher auch in einem untrennbaren Konnex zur volkwirtschaftlichen Thematik des „Marktversagens"; vgl zB *Prisching*, Entstaatlichung 39 ff; siehe weiters *Raschauer*, Kernaufgaben 109; *Raschauer*, Verwaltungsaufgaben 223, 234; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 122 ff; *Saladin*, Verantwortung 162 ff; wohl auch *Funk*, Probleme 11 f. Nach dem strengen Verständnis des Subsidiaritätsprinzips dürfte in den Fällen funktionierender Märkte der Staat gar nicht tätig werden; vgl dazu zB *Weiß*, Privatisierung 116 ff. Inwiefern sich hier in verfassungsrechtsdogmatischer Hinsicht die Einführung der Art 120a bis Art 120c B-VG (BGBl I 2008/2) auswirkt, kann an dieser Stelle nicht näher untersucht werden; vgl dazu zB die Beiträge in Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft (Hg), Selbstverwaltung in Österreich (2009).

2.2 „Innere Sicherheit“ und „allgemeine Sicherheitspolizei“

2.2.1 Innere Sicherheit

So wie bereits bei den allermeisten der bisher dargestellten Begrifflichkeiten handelt es sich auch beim Terminus der *Inneren Sicherheit* hauptsächlich um keinen Rechtsbegriff, sondern um einen rechtswissenschaftlichen Begriff[185]; vorausgesetzt natürlich, dass es überhaupt um juristische Fragen geht, in denen er gebraucht wird. Denn er findet genauso in der politischen Diskussion mit Vorliebe Verwendung und wird in den unterschiedlichsten Zusammenhängen und Argumentationen gebraucht, die wiederum vom jeweils eigenen Standpunkt und der politischen Zielrichtung abhängen. So wird einerseits dann von der inneren Sicherheit gesprochen, wenn es um ihren „Kernbereich“ geht, nämlich um die Bekämpfung und Verhütung von Kriminalität. Aber auch bei der Diskussion damit bloß peripher zusammenhängender Fragen, wie zB nach der Durchführung oder der Sinnhaftigkeit von Grenzkontrollen oder ganz allgemein bei Fragen des Fremden- und Asylwesens, wird die innere Sicherheit beschworen[186]. Nicht zuletzt kann auch die Vorsorge vor und Bekämpfung von Katastrophen und Unfällen im Schlagwort der inneren Sicherheit untergebracht werden[187]. In diesem Sinn wäre dann die „innere Sicherheit“ vollends mit den unterschiedlichsten Inhalten aufgeladen und für die möglichst breite Verwendung brauchbar gemacht.

Bereits dieser kurze Überblick macht meines Erachtens deutlich, dass es sich beim Begriff der „inneren Sicherheit“ um keinen für die vorliegende Arbeit wirklich brauchbaren handelt, da man letztlich zwangsläufig dazu genötigt ist, ein Bündel von jeweils unterschiedlichen Problembereichen zusammenzufassen, die aber gerade für die sinnvolle Gestaltung der vorliegenden Untersuchung getrennt gehalten werden müssen. Im weiteren Verlauf dieser Arbeit wird daher der Terminus der „inneren Sicherheit“

[185] *Kneihs*, Befehl 109 f; ebenso für die Diskussion in Deutschland *Gramm*, Privatisierung 395.
[186] Siehe dazu beispielsweise nur die Begriffsbildung der inneren Sicherheit bei *Kneihs*, Befehl 109 ff.
[187] ZB *Gramm*, Privatisierung 397; *Isensee*, Staatsaufgaben Rz 16.

keine Verwendung mehr finden. Für Untersuchungen mit anderen Inhalten mag diese Bündelwirkung aber durchaus ihren arbeitsökonomischen Sinn haben[188].

Wenn man abschließend den Begriff der „inneren Sicherheit“ in das oben dargestellte Schema aus Staatszwecken, Staatszielen und Staatsaufgaben einordnen will, so passt wohl am ehesten die Qualifizierung als (ein aus der gesamten Rechtsordnung herauszulesendes) Staatsziel, das sich in vielen verschiedenen Aufgabenfeldern aktualisiert.[189] Aufgrund abweichender Begriffsbildungen wird die innere Sicherheit in der Literatur mitunter aber auch als Staatsaufgabe bezeichnet.[190]

2.2.2 Allgemeine Sicherheitspolizei

Der Begriff „Sicherheitspolizei“ bzw „allgemeine Sicherheitspolizei“ - beide Begriffe werden in dieser Arbeit gleichbedeutend verwendet - ist hier im Sinne des Sicherheitspolizeigesetzes[191] (SPG) zu verstehen. Dieses einfache Bundesgesetz wurde im Jahre 1991 erlassen und trat am 01.05.1993 in Kraft. Die weiteren Bemerkungen zum Begriff der „Sicherheitspolizei“ beziehen sich auf diese Basis.
Sinn und Zweck der folgenden Erörterungen ist es nun, einen kursorischen Überblick über die wesentlichsten Eckpunkte des Aufbaus und der Systematik des SPG zu geben. Für ausführlichere Darstellungen oder der Behandlung von Spezialfragen (sofern diese nicht ohnehin Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind) darf auf die einschlägige Literatur verwiesen werden.[192] Am Beginn sind aber noch einige grundsätzliche Unterscheidungen und Einteilungen vorzunehmen:

---

[188] Darüber hinaus ist es mE zutreffend, dass die innere Sicherheit in ihrer gesellschaftspolitischen und soziologischen Dimension tatsächlich nur durch gemeinsame Anstrengungen von Staat *und* Gesellschaft verwirklicht und erhalten werden kann. Solche privaten Maßnahmen betreffen aber hauptsächlich nicht die Bekämpfung von aktuell stattfindenden Gefahrensituationen, sondern zielen vielmehr auf den präventiven Bereich ab, um Gefahrensituationen erst gar nicht entstehen zu lassen; vgl dazu zB *Stoll*, Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft (2003); *Gramm*, Privatisierung 407 ff.
[189] Ebenso *Isensee*, Staatsaufgaben Rz 11. Die sicherheitspolizeilichen Aufgaben nach dem SPG spielen hierbei zweifellos eine der Hauptrollen.
[190] So zB *Voßkuhle*, VVDStRL 62, 275; *Kneihs*, Befehl 109 ff.
[191] BGBl I 1991/566 (Stammfassung). Bis zum heutigen Stand erfolgte bereits eine Vielzahl an Novellierungen.
[192] Siehe dazu insb das Literaturverzeichnis der vorliegenden Arbeit.

So ist zunächst einmal zwischen der Polizei im funktionellen Sinn und jener im organisatorischen Sinn zu unterscheiden. Meint man nun in diesem Zusammenhang die Polizei als Tätigkeit, so spricht man von der *funktionellen (materiellen) Polizei*.[193] Meint man dagegen die Polizei als Organisation bzw ihre einzelnen organisatorischen Einheiten, so spricht man - in wenig überraschender Weise - von der *Polizei im organisatorischen* Sinn.[194] Zur Darstellung der Polizei im funktionellen (materiellen) Sinn gilt es dann, die nachfolgenden weiteren Gliederungen in der gebotenen Kürze vorzunehmen.[195]

Als *allgemeine Sicherheitspolizei* wird gemäß Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG iVm § 3 SPG die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit einschließlich der ersten allgemeinen Hilfeleistungspflicht, ausgenommen allerdings der örtlichen Sicherheitspolizei, bezeichnet. Der kompetenzrechtliche Umfang der Sicherheitspolizei ergibt sich nach der Judikatur des VfGH nicht - wie sonst allgemein üblich - aus einer positiven Umschreibung der Materie durch Anwendung der Versteinerungsmethode, sondern vor allem aus einer Subtraktion der jeweils anderen Kompetenztatbeständen zugezählten Fälle.[196] Daraus resultiert die Eigenart der allgemeinen Sicherheitspolizei als subsidiäre, nicht schon von einer speziellen Materie erfasste Verwaltungspolizei. Überwiegend wird daher in der Literatur im Anschluss an die Judikatur des VfGH[197] unter der allgemeinen Sicherheitspolizei die Abwehr allgemeiner Gefahren verstanden und insofern der besonderen Verwaltungspolizei gegenübergestellt, in der es eben um die Abwehr spezieller (oder besonderer, nämlich materienspezifischer) Gefahren

[193] Als Polizei im funktionellen Sinn versteht man insb die Abwehr von Gefahren durch die Setzung von Befehls- und Zwangsakten; siehe zB *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 72; *Demmelbauer/Hauer*, Sicherheitsrecht 1.
[194] *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 71; *Demmelbauer/Hauer*, Sicherheitsrecht 8.
[195] Vgl dazu schon *Merkl*, Verwaltungsrecht 253 ff; näher *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 74 ff.
[196] So insb VfSlg 3650/1959 („Alle Polizei, die nicht Verwaltungspolizei ist, ist daher Sicherheitspolizei"); *Giese*, Sicherheitspolizei 4; aA *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 89 ff, insb 104, der sich auch für die Auslegung des Sicherheitspolizeitatbestandes ausdrücklich für die Anwendung der herkömmlichen Methoden der Kompetenzinterpretation ausspricht. Zu den Schutzgütern der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit iSd Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG zählen nach *Hauer*, Ruhe 35 ff, 169 ff, und *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 104 ff, insb: die Sicherheit des Staates, der Person und ihres Eigentums, weiters sowohl die geschriebene Rechtsordnung als auch jene rechtlich anerkannten Regeln, deren Beachtung nach allgemeiner Auffassung eine unabdingbare Voraussetzung für ein gedeihliches Zusammenleben der Menschen darstellt.
[197] ZB VfSlg 3201/1957, VfSlg 3650/1959, VfSlg 5910/1969, VfSlg 8155/1977.

gehe.[198] Kompetenzrechtsdogmatisch findet diese Art der Trennung von allgemeiner Sicherheitspolizei und Verwaltungspolizei insofern Deckung, als einerseits die Verwaltungspolizei als Annexmaterie nach dem Adhäsionsprinzip[199] der jeweiligen bedrohten Sachmaterie folgt[200] und andererseits für die allgemeine Sicherheitspolizei eben die besondere Kompetenzbestimmung des Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG besteht.

Der allgemeinen *(staatlichen)* Sicherheitspolizei[201] ist weiters die *örtliche* Sicherheitspolizei gegenüberzustellen. Letztere ist durch Art 15 Abs 2 B-VG iVm Art 118 Abs 3 Z 3 B-VG in Gesetzgebung und Vollziehung den Ländern zugewiesen und wird von den Gemeinden im eigenen (und damit im gegenüber Organen des Bundes und der Länder weisungsfreien) Wirkungsbereich erfüllt[202]. Dem Bund verbleibt hier nur gemäß Art 15 Abs 2 B-VG ein Aufsichtsrecht gegenüber der Gemeinde und ein Weisungsrecht an den Landeshauptmann zur Beseitigung festgestellter Mängel.

Schließlich ist noch der Vollständigkeit halber die *administrative Polizei* als die Tätigkeit in rein verwaltungsrechtlichen Materien von der *gerichtlichen Polizei* bzw *Kriminalpolizei* als die Tätigkeit im Dienste der Strafrechtspflege abzugrenzen. Letztere fällt unter den Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG[203] und wird von den Sicherheitsbehörden und ihren exekutiven Hilfsorganen (den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes) hauptsächlich nach den Bestimmungen der StPO geführt.[204] Da die Kriminalpolizei allerdings keinen Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet, wird sie in den folgenden Ausführungen nicht weiter behandelt.

---

[198] Wiederum ablehnend insb *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 92, 97 ff; ebenso kritisch *Hauer*, Ruhe 85, 114 ff, der nicht (allein) auf den Gefahrbegriff, sondern auf eine gedankliche Verknüpfung von Gefahrenquelle und Schutzgut abstellt.
[199] ZB VfSlg 10678/1985, VfSlg 12187/1989.
[200] VfSlg 2192/1951.
[201] Gemeint als Bundeszuständigkeit in Gesetzgebung und Vollziehung.
[202] Siehe zur Abgrenzung die Beispiele bei *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 53.019; *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 114 f. Vgl dazu auch die Unterscheidung bei *Merkl*, Verwaltungsrecht 254, zwischen *hoher* Polizei und *niederer* Polizei, womit die Wichtigkeit der jeweils erfassten Aufgabenbereiche gemeint ist. Dies lässt sich wohl auch für die Unterscheidung zwischen der allgemeinen staatlichen Sicherheitspolizei und der örtlichen Sicherheitspolizei feststellen.
[203] Jetzt ausdrücklich § 18 Abs 1 StPO; ebenso bereits für die Zeit vor der Novelle des Jahres 2004 *Hauer*, Ruhe 209; *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 109, *Dearing*, Sicherheitspolizei 225 ff; anders noch zB VfSlg 4692/1964.
[204] Zur inhaltlichen Abgrenzung der Sicherheitspolizei von der Strafrechtspflege, siehe zB *Dearing*, Sicherheitspolizei 225 ff.

Nach diesen grundsätzlichen Einteilungen und Unterscheidungen erfolgen nun einige Bemerkungen zur Systematik des SPG:

Inhaltlich betrachtet besteht das SPG - und hier ergibt sich der Bezug zu den obigen Differenzierungen - eigentlich aus zwei verschiedenen Teilen: nämlich einem organisatorischen und einem funktionellen.[205]

Hinsichtlich des organisatorischen Teils werden in den §§ 4 f und 6 ff SPG in Ausführung des Art 78a B-VG die Sicherheitsbehörden näher ausgestaltet und mit der Wahrnehmung der Sicherheitsverwaltung betraut (§ 2 SPG; einen der Bestandteile der Sicherheitsverwaltung bildet die Sicherheitspolizei). Parallel zu diesem sicherheitsbehördlichen Aufbau wird in den §§ 5 und 10 SPG in Anknüpfung an Art 78d B-VG iVm Art 10 Abs 1 Z 14 B-VG aber auch die normative Existenz der sicherheitsbehördlichen Hilfsorgane (die sogenannten Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes) verankert[206] und deren organisatorischer Aufbau bundesweit einheitlich vorgegeben.[207] Diese Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes versehen für die Sicherheitsbehörden den sicherheitspolizeilichen Exekutivdienst; sie nehmen also insb den Streifen- und Überwachungsdienst, die Ausübung der ersten allgemeinen Hilfeleistungspflicht sowie die sicherheitspolizeiliche Gefahrenabwehr wahr.

Mit diesen letzten Bemerkungen ist nun zugleich aber auch die Brücke zum funktionellen Teil des SPG geschlagen. Dieser zeichnet sich in seiner gesetzestechnischen Konstruktion insb dadurch aus, als hier erstmals[208] strikt und unmissverständlich zwischen den Kategorien der „Aufgaben“ und der „Befugnisse“ unterschieden wird.[209] Zwischen diesen beiden Kategorien besteht ein strenges

[205] Siehe dazu schon den Titel des SPG sowie seinen § 1.
[206] Anders als Art 78a B-VG, durch den die Sicherheitsbehörden des Bundes (abschließend; siehe unten Punkt 7.3.1.2) eingerichtet werden, ist Art 78d B-VG nur als Definition von Wachkörper zu verstehen. Es bedarf daher zur tatsächlichen rechtlichen Existenz eines solchen Wachkörpers noch einer eigenen Errichtungsbestimmung; vgl *Faber*, Wachkörper 36 mit Hinweis in FN 22 auf *Matzka*, Organisationskreation 511.
[207] Zur Erfüllung von Staatsaufgaben durch Behörden und deren Hilfsorgane, siehe allgemein Punkt 2.3.3.3; zum Spezialfall der Dualität Sicherheitsbehörde – Wachkörper, siehe Punkt 2.4.2.
[208] So *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz S 187 (alt).
[209] Zu der hier vertretenen Verallgemeinerungsfähigkeit dieser Unterscheidung, siehe Punkt 2.3.3.1; zu weiteren, offensichtlich an der Konstruktion des SPG orientieren einfachgesetzlichen Beispielen, siehe Punkt 2.3.4. Im Übrigen ist die gesetzestechnische Trennung in Aufgaben- und Befugnisnormen keine

Verhältnis der wechselseitigen Akzessorietät. Das bedeutet, dass die durch das SPG den Sicherheitsbehörden und ihren exekutiven Hilfsorganen gestellten Aufgaben (die nach der hier vertretenen Diktion eindeutig Staatsaufgaben darstellen) nur durch die im SPG vorgesehen Befugnisse erfüllt werden dürfen, sowie umgekehrt, dass die im SPG verankerten Befugnisse nur zur Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben ausgeübt werden dürfen.[210]

Ein weiteres, mit der kategorialen Unterscheidung in Aufgaben und Befugnisse eng zusammenhängendes Charakteristikum des SPG besteht schließlich darin, dass, anders als bei den Aufgaben, hinsichtlich der Befugnisse streng zwischen den Befugnissen der Sicherheitsbehörden einerseits und Befugnissen der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes andererseits unterschieden wird. Trotzdem also durch die Aufgaben vom Wortlaut des Gesetzes her nur die Sicherheitsbehörden angesprochen werden, verpflichten sie gleichzeitig natürlich auch ihre exekutiven Hilfsorgane. Wenn es allerdings im Rahmen der Ausübung einer Befugnis um die Setzung von in der Außenwelt wahrnehmbaren Maßnahmen geht, dann ist nach der unmissverständlichen Absicht des Gesetzgebers jedoch ganz genau darauf zu achten, welche staatliche (Teil-) Einheit durch die betreffende Befugnis ermächtig wird.[211]

---

genuin österreichische Erfindung; vielmehr hat sie der österreichische Bundesgesetzgeber von den Polizeigesetzen der deutschen Bundesländer übernommen; siehe *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 200, 342.

[210] Siehe nur *Funk*, Sicherheitspolizeirecht 142, 145 f; es ist also insb nicht zulässig, die im SPG vorgesehenen Befugnisse zB zur Erfüllung verkehrs- oder anderer (besonderer) verwaltungspolizeilicher Aufgaben auszuüben.

[211] Siehe nur *Funk*, Sicherheitspolizeirecht 146.

2.3 Staatsaufgaben und deren Erfüllung – eine allgemeine Betrachtung

2.3.1 Allgemeines

Im Zusammenhang mit der Erörterung von Staatsaufgaben und den Möglichkeiten zu Entstaatlichungen in Form von Ausgliederungen und Privatisierungen[212] ist zur vollen Erfassung dieses Problemkreises auch das Verhältnis zwischen der Kategorie der *Staatsaufgaben* einerseits und den tatsächlichen Maßnahmen zu ihrer *Erfüllung*[213] andererseits näher zu erläutern. Die Notwendigkeit, dieses Verhältnis näher zu beleuchten, ergibt sich insb aus dem schon erwähnten Umstand, dass es sowohl in der Literatur wie auch in der Rechtsprechung keine einheitliche oder allgemein anerkannte Auffassung über den rechtswissenschaftlichen[214] Terminus „Staatsaufgabe(n)“[215] und den mit solchen „Staatsaufgaben“ verbundenen Rechtsfolgen gibt. Im Zuge einer differenzierten Darstellung des Verhältnisses der Staatsaufgaben zu ihrer tatsächlichen Erfüllung wird im Übrigen zu zeigen sein, dass ebenso die Kategorien der *Zuständigkeit*[216] und der *Befugnisse* zur Setzung der notwendigen Erfüllungshandlungen in dieser Thematik ihre Rolle spielen.

2.3.2 Exkurs: Verhaltensorientierter Ansatz

Als Einstieg in die angesprochene Problematik soll der Versuch unternommen werden, den Blick über den Tellerrand der „eigenen“ wissenschaftlichen Disziplin hinauszuwagen und dabei die Schnittstelle der Jurisprudenz zu einer ebenfalls das menschliche Verhalten betreffenden Wissenschaft, nämlich jene der Psychologie, näher

[212] Zu den Begriffen Entstaatlichung, Ausgliederung und Privatisierung siehe sogleich unten.
[213] Als Erfüllungshandlungen kommen alle gegenüber einem Rechtsunterworfenen gesetzten Maßnahmen in Betracht wie insb Bescheide und Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ), aber auch zB Verordnungen oder bloß informelle Handlungen, wie zB reine Ersuchen oder Auskünfte.
[214] Soweit ersichtlich, wird der Begriff „Staatsaufgabe“ von Gesetzgeber nicht verwendet, sodass es sich um keinen Gesetzesbegriff handelt, dessen Bedeutung mittels Interpretation zu erschließen wäre.
[215] Der Begriff „Aufgabe(n)“ dagegen wird vom Gesetzgeber in einer beinahe unüberschaubaren Vielzahl von Fällen verwendet; siehe dazu unten.
[216] Verstanden als Zuständigkeit eines bestimmten (organisatorischen oder funktionellen) Organs bzw eines bestimmten Organwalters, das/der für die betreffende juristische Person als Rechtsträger tätig wird.

zu betrachten. In einem interdisziplinären Forschungsinteresse möchte ich hier die in den letzen Jahren deutlich fortgeschrittenen Erkenntnisse der Verhaltens- bzw Motivationspsychologie für die Untermauerung der von mir in diesem Punkt vertretenen Ansicht heranziehen, selbstverständlich ohne aber dabei die Verschiedenheit der wissenschaftlichen Disziplinen und ihrer Methoden zu verkennen.[217]

Ausgangspunkt für die folgenden Überlegungen ist die wohl unbestrittene Tatsache, dass Gesetze iwS[218] von den dazu befugten Menschen als Angehörige der für solche Maßnahmen zuständigen staatsorganisatorischen Einheit (eben) *gesetzte*[219] verbindliche Anordnungen mit Geltung für andere Menschen darstellen. Es geht also letztlich immer „nur" darum, das Verhalten von Menschen durch das Verhalten anderer Menschen zu determinieren, indem ein bestimmtes tatsächliches (in der Außenwelt wahrnehmbares) Handeln oder Unterlassen vorgeschrieben bzw verboten wird.[220] Durch diese normativen Anordnungen soll nun nicht nur das Verhalten der dem Recht unterworfenen Bürger geregelt werden, sondern ganz im Sinne von Art 18 Abs 1 B-VG auch das im Zentrum der vorliegenden Untersuchung stehende Verhalten der staatlichen Verwaltung (genauer: das Verhalten der Verwaltungsorgane bzw Organwalter). Auch hier kann es sich in letzter Konsequenz natürlich immer nur um das Verhalten von Menschen handeln. Dabei ergeben sich nun zwei Fragen: wie lässt sich diese Determinierung des Verhaltens der staatlichen Organwalter am ehesten in rechtliche Normen fassen?[221] Und wie kann man es dabei erreichen, dass diese Normen einerseits den nötigen Handlungsspielraum zur angepassten Reaktion auf je unterschiedliche Situationen gewährleisten, dabei aber andererseits auch im Hinblick auf Art 18 Abs 1

[217] Vgl dazu auch zB *Zippelius*, Staatslehre 6 f, 27 ff, dessen Ausführungen allerdings die soziologisch-gemeinschaftsstiftende Wirkung von Normen und ihres tatsächlichen Vollzuges zum Gegenstand haben.
[218] Gemeint sind hier nicht nur Gesetze im formellen Sinn, sondern auch Verordnungen.
[219] Das Gewohnheitsrecht kann hier insofern unbeachtet bleiben, als die „opinio iuris" ohnehin ein konstitutives Element für die Entstehung und Existenz von Gewohnheitsrecht darstellt und daher die Frage nach der Rechtsüberzeugung und den damit verbundenen Zielen und Absichten schon von vornherein keine Bedeutung neben der fremdbestimmten Anordnung von Normen haben kann.
[220] Es wird nicht verkannt, dass das tatsächliche Verhalten von Menschen natürlich nicht nur (aber eben doch auch in einem gewissen Maß) nach Normen im rechtswissenschaftlichen Sinn gestaltet wird, sondern (sogar vorrangig) ebenso nach Sitte, Moral oder anderen „ansozialisierten" Regeln; vgl dazu die Ausführungen bei *Zippelius*, Staatslehre 27 ff.
[221] Im Fokus des Interesses stehen hierbei vor allem jene Fälle, in denen ein bestimmtes aktives Handeln vorgeschrieben werden soll, da hier in Beachtung des Determinierungsgebots nach Art 18 Abs 1 B-VG die Gefahr einer allzu großen Kasuistik besteht und damit der viel beklagten Normenflut noch weiter Vorschub geleistet wird. Verbote hingegen sind nach der genannten Bestimmung aber von vornherein möglichst exakt (und damit eng) zu normieren.

B-VG hinreichend bestimmt und somit justitiabel bleiben? Im Besonderen stellen sich diese Fragen für die legistische Bewältigung jener Fälle, in denen aufgrund der gebotenen Eile des zu setzenden staatlichen Verhaltens kein (oder nur ein sehr rudimentär gehaltenes) Verfahren abgeführt werden kann; es ist also die „Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt" iSd Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG und damit die Frage gemeint, in welchen Situationen welches konkrete Verhalten der Verwaltungsorgane gesetzt werden soll.[222]

Zur Beantwortung der soeben gestellten Fragen können sich nun die jüngeren Erkenntnisse der Verhaltens- bzw Motivationspsychologie als erhellend erweisen. Hier hat sich in den letzten Jahren nämlich die so genannte „verhaltensorientierte Informationsverarbeitungspsychologie"[223] immer mehr in den Vordergrund geschoben, die die hinter dem tatsächlichen, in der Außenwelt wahrnehmbaren, menschlichen Verhalten stehenden Ziele in das wissenschaftliche Blickfeld rückt. Nach dieser Theorie sind es also immer irgendwelche, nur in der menschlichen Psyche existierenden Ziele, die das konkrete Verhalten eines Menschen bestimmen.[224] Diese Ziele sind ihrerseits wiederum nur Zwischenschritte zur Verfolgung anderer, diesen Zielen übergeordneten Ziele usw, bis schließlich nach einem Durchwandern dieser Zielhierarchie ein oder mehrere hinter allem stehende(r) Zweck(e) erreicht ist (sind), die aber mit dem vom betrachteten Individuum gesetzten konkreten Verhalten in keiner Verbindung zu stehen

[222] Für den klassischen Fall eines Hoheitsaktes, den Bescheid, stellt sich dagegen nicht die Frage, *was* konkret gemacht werden soll (da dies ja schon von vornherein klar ist, nämlich eben einen Bescheid zu erlassen), sondern *wann* bzw bei Vorliegen welchen konkreten Sachverhalts ein Bescheid mit *welchem Spruch (bzw welcher Begründung)* erlassen werden soll. Die Setzung entsprechender in der Außenwelt wahrnehmbarer Handlungen (sofern solche überhaupt notwendig oder auch nur denkbar sind; gemeint sind also Leistungsbescheide) erfolgt dann nur in Ausnahmefällen durch staatliche Vollstreckungsorgane; idR wird hier nämlich wohl der Bescheidadressat unmittelbar selbst tätig werden, um den jeweils geforderten Zustand herzustellen.

[223] Siehe dazu insb *Engelkamp/Zimmer*, Psychologie 6 ff, 339 ff. Dieser Ansatz will die Inkonsequenzen beheben, die im Zuge der Verwerfung des rein auf die Außenperspektive bezogenen „Behaviorismus" auch noch nach der so genannten „kognitiven Wende" Mitte des vorigen Jahrhunderts verblieben sind; vgl dazu auch *Bischof*, Psychologie 496.

[224] Ob diese Ziele bereits durch angeborene Triebe und durch im Lauf des Lebens erlernte Verhaltensweisen vordeterminiert sind oder ob trotz aller Vorprägungen immer noch ein quasi „letzter Rest" an freiem Willen vorhanden ist, ist Gegenstand bislang andauernder wissenschaftlicher Diskussionen; speziell auf den freien Willen als absoluten Wert der menschlichen Existenz abstellend *Tiedemann*, Menschenwürde 235 ff mit Hinweis auf *Eichstaedt*, Wille 24, 95.

scheinen.[225] *Bischof*[226] vergleicht dieses so gezeichnete Bild mit dem Verlauf der vielen einzelnen Gebirgsbäche, die, alle bloß einzeln betrachtet, auch nicht die Richtung, Bedeutung oder Größe desjenigen Meeres erkennen lassen, in das sie aber letzten Endes doch alle zwangsläufig münden. Diese hierarchische Determinierung des menschlichen Verhaltens lässt dann in weiterer Folge aber auch erkennen, dass keineswegs alle diese Ziele bzw Zwischenschritte im konkreten Handeln bewusst werden können, sondern dass sie sich vielmehr sogar überwiegend nur im Unterbewusstsein konstituieren und von daher das menschliche Verhalten bestimmen.[227] Aus juristischer Perspektive stehen aber mE hauptsächlich nur die im Bewusstsein vorhandenen Ziele und Absichten der Menschen im Vordergrund des Interesses, da ja wohl nur diese durch rechtliche Normen determinierbar sind, wiewohl natürlich insb im Rahmen oft geübter Verhaltensweisen auch das Unterbewusstsein eine nicht zu unterschätzende Rolle in der Motivation spielt.

Natürlich stellen diese Ausführungen nur einen oberflächlichen Kurzabriss über einen Teilausschnitt des derzeitigen Standes der Psychologie dar, weshalb an dieser Stelle für weiterführende Erläuterungen auch auf die einschlägige Literatur verwiesen werden darf. Eine der wesentlichen Kernaussagen dieser jüngsten Erkenntnisse der Psychologie bildet aber die Feststellung, dass das in der Außenwelt wahrnehmbare menschliche Verhalten von den dahinter stehenden, nur in der Psyche vorhandenen Absichten, Zielen oder Motiven zu trennen ist; mit Blick auf die nun folgenden Ausführungen sei dies - auch wenn die obigen Überlegungen aufgrund ihrer „wissenschaftlichen Exotik“ nur im Rahmen eines Exkurses angestellt werden konnten - noch einmal deutlich zum Ausdruck gebracht.

[225] Es ist noch nicht geklärt, ob es nur einen oder mehrerer solcher Endzwecke gibt und welche das genau sein sollen. Als Paradebeispiel werden in der Literatur aber immer wieder die eigene Fortpflanzung und damit letztlich die Erhaltung der eigenen Spezies genannt; vgl zB *Bischof*, Psychologie 319, 449 ff.
[226] *Bischof*, Psychologie 450.
[227] Nach *Bourne/Ekstrand*, Psychologie 19, war *Sigmund Freud* (1858-1939) mit der von ihm begründeten *Psychoanalyse* der erste, der diese Dimension des menschlichen Verhaltens untersuchte und seine Ergebnisse veröffentlichte. Seine Erkenntnisse sind aber im weiteren Verlauf der Geschichte der Psychologie bis zur „kognitiven Wende“ weitgehend unbeachtet geblieben.

2.3.3 Aufgaben, Befugnisse und organisatorische Zuständigkeit

2.3.3.1 Aufgaben

Wenn man nun bereit ist, diese notwendige Zielgebundenheit des menschlichen Verhaltens (also die gerade festgestellte Trennung in tatsächliches Verhalten und den dahinter stehenden psychischen Motivationen des Handelnden) in seiner Grundsätzlichkeit zu akzeptieren, dann wird im nächsten Schritt weiters klar, dass - nun wieder vom rechtswissenschaftlichen Standpunkt aus betrachtet - auch der demokratisch legitimierte Gesetzgeber bei der Erlassung seiner Rechtsnormen an dieser Erkenntnis nicht vorbeigehen sollte. Wenn er nicht will, dass das Handeln seiner Organe zum Selbstzweck herabsinkt[228] oder sich die Organe in Ermangelung vorgegebener Ziele diese beim Vollzug der Rechtsnormen selber setzen,[229] so bleibt ihm gar nichts anderes übrig, als die hinter den von ihm erlassenen Anordnungen stehenden (bewussten) Absichten auf irgendeine Art erkenntlich zu machen. Hierzu ist im Übrigen auch festzustellen, dass die aus der Psychologie stammende Erkenntnis der steten Zielgebundenheit des menschlichen Verhaltens natürlich auch für die im jeweiligen Organ der Gesetzgebung zusammengefassten Menschen gilt, sodass auch diese immer von irgendwelchen Absichten oder Zielen geleitet werden, wiewohl natürlich sogleich festzuhalten ist, dass es „den Willen des Gesetzgebers“ als real-psychologische Tatsache nicht gibt.[230]

Ob nun diese Absichten bzw Ziele des Gesetzgebers schon im Wortlaut des Gesetzestextes verankert werden oder ob zu ihrer Erfassung auch ein mehr oder weniger

[228] Vgl *Brünner*, Aufgaben 90.

[229] Für den Bereich der Hoheitsverwaltung obliegt dies gemäß dem demokratischen Baugesetz des B-VG den entsprechend der Kompetenzverteilung zuständigen gewählten Repräsentanten auf Bundes- oder Landesebene. Außerhalb der Hoheitsverwaltung bestehen aber sehr wohl weite Handlungsspielräume für die staatliche Verwaltung; vgl nur *Raschauer*, Verwaltungsaufgaben 184 f. Die Erkennbarkeit der Absichten und Ziele des Gesetzgebers ist aber nicht nur für die staatlichen Vollzugsorgane, sondern natürlich auch (und vor allem) für das Handeln der Rechtsunterworfenen von Bedeutung, da ja gerade deren Handeln in aller letzter Konsequenz geregelt, zumindest aber gesteuert werden soll. Die weiteren Ausführungen im Haupttext beziehen sich aber entsprechend dem Untersuchungsgegenstand auf das Verhalten der dem Staat zuzurechnenden Organwalter.

[230] Erschwert wird die Sache ja bekanntlich dadurch, dass hier eine Vielzahl an Menschen am Gesetzgebungsprozess beteiligt sind und nicht immer klar ist, wer sich nun mit welchen Absichten am Ende durchgesetzt hat; vgl *Bydlinski*, Grundzüge 24 ff; *Hillgruber*, Verfassungsinterpretation Rz 14. Ausschlaggebend ist damit letztlich nur das für verbindlich zu haltende Programm des Gesetzgebers, siehe schon *Kelsen*, Demokratie 34 f, sowie *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 1 Rz 03.006.

umfangreiches Studium der Gesetzesmaterialien sowie der den historischen Gesetzgeber allenfalls (dogmatisch nachweisbar!) beeinflussenden gesellschaftlichen oder geisteswissenschaftlichen Begleitumstände erforderlich ist, wird wohl weniger von den Fähigkeiten der jeweils beteiligten Legisten abhängen als vielmehr vom „Mut“ bzw - damit zusammenhängend - vom erreichbaren Konsens der politischen Entscheidungsträger. In jedem Fall aber entfalten die so niedergelegten Ziele und Absichten des Gesetzgebers normative Wirkungen. Es wird damit also zumindest ein Interpretationsmaßstab vorgegeben, an dem sich die Auswahl aus mehreren möglichen Handlungsalternativen orientieren kann und muss. Je deutlicher und ausdrücklicher der Gesetzgeber seine Ziele und Absichten normiert, desto eher können sie ihre rechtliche Wirkung entfalten. In ihrer ausgeprägtesten Form handelt es sich bei diesen Zielen und Absichten des Gesetzgebers nach dem hier herangezogenen Begriffsverständnis jedenfalls dann um Staatsaufgaben, wenn sie von staatlichen Organen[231] bzw Organwaltern durch konkrete Handlungen[232] zu erfüllen sind.[233]

Es wurde bereits in Punkt 2.1.5 angedeutet, dass - als Konsequenz des verpflichtenden Elements - ein ganz wesentliches Charakteristikum der Kategorie „Staatsaufgabe“ darin besteht, dass das entsprechende Erfüllungsverhalten bzw die durch dieses Verhalten gegenüber Dritten in der Außenwelt hervorgerufenen Folgen einem bestimmten staatlichen Rechtsträger (also Bund, Land oder Gemeinde) *zugerechnet* werden können. Deshalb wird mit der Trägerschaft einer Staatsaufgabe auch die *Verantwortlichkeit* begründet, nach außen für die Erfüllung der Aufgabe einzustehen.[234] Diese *Zurechnung*

[231] Und zwar durch Organe im organisatorischen oder bloß funktionellen Sinn; siehe zu diesen zB *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 97 ff, 109.
[232] Es sei nochmals angemerkt, dass im Rahmen dieser Arbeit vor allem Akte unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt im Vordergrund stehen. Natürlich kommt aber ganz grundsätzlich auch jedes andere tatsächliche Verhalten in Frage.
[233] Handelt es sich um keine derartigen gesetzlichen Aufträge, so liegen nach meinem Begriffsverständnis Staatsziele vor. Die Grenze zwischen Staatsaufgaben und Staatszielen wird dabei durchaus in manchen Fällen schwer zu ziehen sein. Die kategoriale Unterscheidung ist aber mE aufgrund der je unterschiedlichen rechtlichen Wirkungen sehr wohl angebracht; siehe dazu auch Punkt 2.15; zur Frage der Identifizierung von Staatsaufgaben siehe insb *Ossenbühl*, VVDStRL 29, 150 ff; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 14, 41 ff. Von der Frage, ob eine (Staats-) Aufgabe vorliegt, ist im Übrigen die Frage zu unterscheiden, ob es sich im konkreten Fall nur um eine objektiv-rechtliche Verpflichtung der je zuständigen Behörde handelt, oder ob darüber hinaus auch ein subjektiv-rechtlicher Anspruch der Rechtsunterworfenen vorliegt.
[234] Ebenso zB schon *Voßkuhle*, VVDStRL 62, 270 f; siehe weiters zB *Baumgartner*, Ausgliederung 23 f; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 110 ff.

bzw *Verantwortlichkeit* hat vor allem für Fragen der Haftung Bedeutung;[235] sie kann sich aber auch hinsichtlich der allgemeinen Kostentragung in Bezug auf Einrichtung und Erhaltung der jeweiligen für die Aufgabenerfüllung erforderlichen Organisationseinheiten auswirken.[236]

Ganz allgemein ist mit der Thematik der Zurechnung eines bestimmten Verhaltens zu einem staatlichen Rechtsträger aber auch die Frage nach der Geltung der Grundrechte verbunden, da es auf die jeweils aktuelle Konfiguration der Staatsorganisation - also ob Organe im organisatorischen oder bloß funktionelle Sinn tätig werden - nicht ankommt.[237]

2.3.3.2 Befugnisse

Zur verfassungsrechtlich einwandfreien Erfüllung von Aufgaben der Hoheitsverwaltung ist nun festzustellen, dass es - nach dem in dieser Arbeit herangezogenen systematischen Verständnis - mit der „bloßen" Festlegung von Staatsaufgaben noch nicht sein Bewenden haben kann; diese legen ja vorerst einmal nur eine mehr oder weniger konkrete Verpflichtung fest. Damit nun diese Verpflichtung auch tatsächlich durch entsprechende - nach außen wahrnehmbare - Maßnahmen[238] erfüllt werden kann, bedarf es nach der hA jedenfalls im Bereich der Hoheitsverwaltung aufgrund von Art 18 Abs 1 B-VG noch einer diesbezüglichen gesetzlich eingeräumten Befugnis (-norm).[239]

Nach der hier vertretenen Systematik ist nun wesentlich, dass die Kategorie der Aufgabe von der Kategorie der Befugnis strikt getrennt wird. Mit der *Aufgabe* soll eben „nur" die jeweilige entsprechend normativ wirkende (und daher verpflichtende) Absicht des Gesetzgebers erfasst sein. Die Ableitung einer *Befugnis* zur Vornahme *bestimmter Handlungen* zur Erfüllung der Aufgabe ist daher aus der Kategorie der „bloßen" Aufgabe nach dem hier herangezogenen systematischen Verständnis nicht möglich.[240]

---

[235] Vgl zur Amtshaftung die §§ 1 ff AHG.
[236] Vgl insb § 2 F-VG; siehe zB auch *Brünner*, Aufgaben 123.
[237] So *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 47, 635; gemeint sind damit jene Fälle, in denen außerhalb der staatlichen Organisation im organisatorischen Sinn stehende Rechtsträger (also insb selbständige Private) Staatsaufgaben erfüllen. Zu den diesbezüglichen Möglichkeiten siehe unten Punkt 2.5.6.
[238] Siehe *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 343 f.
[239] Siehe *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 343.
[240] Vgl dazu die - insoweit über den konkreten Anwendungsfall des SPG hinausgehenden - Bemerkungen bei *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 208; siehe dazu im Übrigen auch schon die ganz grundsätzlichen Überlegungen aus rechtstheoretischer Sicht bei *Kelsen*, Reine Rechtslehre 123 f, über die

Wenn man nun den bisher dargelegten Gedankengang konsequent weiter verfolgt, so muss man aber auch sehen, dass mit steigender Determinierung des dem staatlichen Rechtsträger bzw des dem konkret für den Rechtsträger zuständig gemachten Organ[241] konkret vorgeschriebenen Verhaltens die Deutlichkeit der Unterscheidung zwischen den normativen (handlungsverpflichtenden bzw handlungsanleitenden) Aufgaben und den zur Erfüllung dieser Aufgaben zur Verfügung stehenden Befugnissen zur Setzung tatsächlicher Maßnahmen zu verschwimmen scheint. Denn je präziser nämlich in einer Tatbestand-Rechtsfolgen-Anordnung das vorzunehmende Verhalten der Organwalter vom Gesetzgeber vorgegeben wird, desto mehr scheint die Kategorie „Aufgabe" mit der Kategorie „Befugnis" auch inhaltlich zusammenzufallen.[242] Gemeint sind hier also jene Fälle, in denen schon durch den Wortlaut des Gesetzes für den Fall des Vorliegens eines bestimmten Sachverhalts das Verhalten der Organwalter relativ präzise vorgeschrieben wird. Der handlungsanleitende Charakter der Aufgabe spitzt sich hier also zur ganz konkreten Verpflichtung zur Vornahme einer ganz bestimmten Handlung zu; der Handlungsspielraum der Organwalter (verstanden als Möglichkeit zur Auswahl zwischen mehreren tatsächlichen Handlungsweisen) reduziert sich in diesen Fällen daher auf ein Minimum.[243] Trotzdem darf dies aber mE von einem - zugegebener Maßen recht abstrakten - Standpunkt aus gesehen nicht den Blickt darauf verstellen, dass auch in diesen (vom Gesetzgeber eng formulierten) Fällen immer noch in die rechtlich verbindliche Absicht des Gesetzgebers (die ja gerade hier als konkreter Handlungsauftrag zur Setzung eines bestimmten Verhaltens und damit als Staatsaufgabe zu verstehen sein wird) und der in der Außenwelt wahrzunehmenden tatsächlichen Erfüllungshandlungen der Organwalter inklusive der sie deckenden rechtlichen Befugnisse unterschieden werden kann.[244] Es fällt in diesen Fällen also bloß in der

---

kategoriale Trennung von Rechtspflicht und Rechtsmacht, die mE durchaus mit der im Haupttext vorgenommenen Trennung in Aufgabe als Verpflichtung und Befugnis als Ermächtigung verglichen werden kann.

[241] Siehe dazu sogleich unten Punkt 2.3.3.3; auf den Sonderfall der Dualität Behörde (als „echtes" Organ) – Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (als „bloße" Hilfsorgane) sei hier nur hingewiesen; siehe hierzu schon oben Punkt 2.2.2 sowie unten Punkt 2.4.2.

[242] Vgl *Brünner*, Aufgaben 94.

[243] Dass ich hier speziell Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt im Auge habe, habe ich bereits oben bemerkt.

[244] Genau diese Unterscheidung in nach außen wahrnehmbarem Verhalten und den sich dabei bloß im Inneren der Person abspielenden psychischen und psychophysischen Vorgängen war die Ursache dafür, dass sich die wissenschaftliche Schule des so genannten „Behaviorismus" nicht halten konnte und sich als Konsequenz daraus die Motivationspsychologie entwickelte; auch wenn aus dieser Erkenntnis natürlich

sprachlichen Formulierung der Norm die Kategorie der Aufgabe mit der Kategorie der Befugnis zusammen,[245] ohne dass dabei aber ein zwingender Grund ersichtlich wäre, die hier vertretene und der Systematisierung dienende kategoriale Trennung aufzugeben.

Damit lässt sich nun an dieser Stelle auch die oben gestellte Frage nach einer geeigneten rechtlichen Determinierung des Verhaltens staatlicher Organe (vor allem, wenn es um die Vorschreibung eines in Rechte von Menschen eingreifenden aktiven Handels geht, das als relativ verfahrenfreie Ausübung von Befehls- oder Zwangsgewalt in Erscheinung tritt) vom Grundsatz her insofern beantworten, als dass in der sprachlichen Formulierung des Gesetzes entweder mehr oder weniger allgemein gehaltene rechtlich verbindliche Aufgaben getrennt von einer Anzahl zur Verfügung stehender Handlungsbefugnisse erlassen werden (wobei im Rahmen der Aufgaben natürlich auch die je zu treffende Auswahl aus den zur Verfügung stehenden Befugnissen vorzugeben ist; siehe zu dieser Variante insb die gesetzestechnische Konstruktion des SPG) oder dass - als Alternative dazu - jeweils einzelne eng begrenzte (und damit ganz konkrete) Handlungsaufträge im Sinne eines sehr umfangreichen Konglomerats an Tatbestand-Rechtsfolgen-Anordnungen normiert werden, wobei jede Tatbestand-Rechtsfolgen-Anordnung für sich die Kategorie der Aufgabe und jene der Handlungsbefugnis in sich vereint.

In diesem Zusammenhang lässt sich aber auch feststellen, dass durch die getrennte Normierung bestimmter allgemeiner Aufgaben und der zur ihrer Erfüllung zur Verfügung stehenden Handlungsbefugnisse die notwendige Flexibilität iSd Möglichkeit, auf je unterschiedliche Situationen je angepasst reagieren zu können, eher erreicht werden kann.[246] Eine unüberschaubare kasuistische Normenfülle kann so vermieden werden, die darüber hinaus auch bei noch so dichter Normierung letztlich immer doch nur lückenhaft bleiben wird. Das notwendige Maß an Determinierung iSd

---

keine rechtlichen Folgerungen abgeleitet werden können, so soll diese Bemerkung doch der allgemeinen Hintergrundinformation dienen.

[245] Genau das meint auch *Baumgartner*, Ausgliederung 23 mwN, wenn er zum Begriff „Aufgabe“ sagt: „Einmal werden darunter Zweck, Ziel oder Funktion einer Tätigkeit verstanden, in anderem Zusammenhang ist hingegen der Inhalt einer Tätigkeit, also ein Tun gemeint. Dementsprechend sind Staatsaufgaben einerseits auf die Erfüllung von Staatszielen bezogen, dh sie stellen Soll-Leistungen, die zur Erreichung eines Ziels erbracht werden müssen, dar. Zum anderen bezeichnet der Begriff der Staatsaufgabe den Inhalt einer bestimmten Staatstätigkeit.“

[246] IdS auch *Klein*, Gewaltmonopol Rz 19.

Art 18 Abs 1 B-VG ergibt sich dabei aus der Intensität potentieller (durch die jeweilige Befugnis rechtlich gedeckter) Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche der Rechtsunterworfenen.[247]

2.3.3.3 Organisatorische Zuständigkeit

Damit (Staats-) Aufgaben auch tatsächlich erfüllt werden können, bedarf es über die kategoriale Unterscheidung zwischen „Aufgaben" und „Befugnissen" hinaus weiters noch einer inneren Organisation des jeweils verantwortlichen staatlichen Rechtsträgers. Dieser ist ja als juristische Person (des öffentlichen Rechts - konkret: als Gebietskörperschaft) nur ein abstraktes rechtliches Gebilde, das als solches keine in der Außenwelt wahrnehmbaren Veränderungen vornehmen kann; dazu bedarf es in letzter Konsequenz immer eines Menschen. Die innere (rechtliche) Organisation bündelt in diesem Sinn bestimmte Zuständigkeiten des Rechtsträgers (so dass idS von einem „Organ" zu sprechen ist), mit deren Wahrnehmung ein bestimmter Mensch (der konkrete „Organwalter") zu betrauen ist.[248] Insofern stellt also die innere Organisation das verbindende Element zwischen dem für die Erfüllung verantwortlichen staatlichen Rechtsträger und dem konkret handelnden, tatsächliche Veränderungen bewirkenden Menschen dar.

Wesentlich ist nun, dass die so durch das Organisationsrecht geschaffenen organisatorischen Einheiten eines staatlichen Rechtsträgers im Verhältnis zu den Rechtsunterworfenen selbst eben gerade keine eigenen Rechtsträger darstellen. Die von den Organisationseinheiten wahrgenommenen Verpflichtungen[249] können daher schon aus diesem Grund im Verhältnis zu den Rechtsunterworfenen nicht „ihre eigenen", sondern in letzter Konsequenz immer nur jene des dahinter stehenden staatlichen

[247] Vgl nur § 28a Abs 2 SPG, demzufolge zur Aufgabenerfüllung alle nicht in die Rechte von Menschen eingreifenden Mittel eingesetzt werden dürfen. Ein Rechtseingriff ist dagegen nach Abs 3 nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Deckung zulässig, sofern ein solcher Eingriff darüber hinaus notwendig und insgesamt verhältnismäßig ist.

[248] Siehe dazu *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.010; *Funk*, Verwaltungsakt 133 ff; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 96 ff.

[249] Mit *Wenger*, Organisationsrecht 347 ff, lässt sich hier von der „Wahrnehmungszuständigkeit" sprechen; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsaufgaben Bd 4 Rz 46.010, sowie *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 65, 97 ff, 159, bevorzugen dagegen den Begriff der „Kompetenz", wobei letztgenannter Autor auch - so wie diese Arbeit - ausdrücklich auf den verpflichtenden Charakter hinweist.

Rechtsträgers sein.[250] Dass das vom Organwalter in Ausübung seiner Organfunktion gesetzte Verhalten der von ihm repräsentierten Behörde[251] für Zwecke des Rechtsmittelweges zugerechnet wird, kann an der fehlenden (nach außen gerichteten) Rechtsfähigkeit der Behörde gegenüber den Rechtsunterworfenen nichts ändern.
Schließlich ist noch zu erkennen, dass die tatsächliche Erfüllung der betreffenden Aufgaben nicht unbedingt durch den an der Spitze des jeweiligen Organs bzw der Behörde stehenden Organwalter selbst erfolgen muss. Vielmehr kann diese Erfüllung unter Umständen (dann nämlich, wenn der Behördenleiter entsprechende Approbationsbefugnisse erteilt hat) auch von Hilfsorganen bzw Hilfsorganwaltern vorgenommen werden, die insofern den Geschäftsapparat des zuständigen Organs bilden.[252] Diese Möglichkeit ist vor allem für Behörden mit umfangreichen Zuständigkeiten von großer praktischer Bedeutung, da anderenfalls eine (zeitlich) sinnvolle Erledigung der Geschäftsfälle nicht durchzuführen wäre.[253] Die besondere Konstellation im Bereich der allgemeinen Sicherheitspolizei in Form der Dualität Sicherheitsbehörden – Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes wird weiter unten in Punkt 2.4.2 behandelt.

Im Zusammenhang mit der Organ- bzw Wahrnehmungszuständigkeit ist aber noch ein weiterer, für die rechtliche Praxis sehr bedeutsamer Aspekt anzusprechen. Dieser bezieht sich darauf, dass konkrete Handlungen zur Erfüllung von Staatsaufgaben keineswegs automatisch immer nur von organisatorischen Organen (bzw den Organwaltern) des verantwortlichen Rechtsträgers vorgenommen werden müssen; oder positiv ausgedrückt: die erforderlichen Erfüllungshandlungen können in einer vorab ganz grundsätzlichen Betrachtung auch von anderen Rechtssubjekten gesetzt werden,

[250] ZB *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 113; natürlich hat auch eine etwaige Änderung der Organisation innerhalb desselben Rechtsträgers keine Auswirkungen auf das Bestehen der nach außen gerichteten Verantwortlichkeit eben dieses Rechtsträgers. So kann gerade die mangelhaft ausgestaltete Organisation einzelner Einheiten ein sogenanntes Organisationsverschulden des Rechtsträgers begründen und damit dessen Pflicht zur Amtshaftung nach sich ziehen; vgl insb EGMR 27.09.1995, McCann; VfSlg 15.046/1997; dazu ausführlich *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 43 ff.
[251] Ist das jeweilige Organ gesetzlich zur Ausübung von Hoheitsgewalt ermächtig, so spricht man von einer Behörde; zum Sonderfall der sogenannten „Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes", siehe unten Punkt 2.4.2.
[252] Siehe dazu *Funk*, Verwaltungsakt 133 ff; *Holzinger*, Organisation 107, spricht diesbezüglich von der „inneren Organisation".
[253] Insb für Bundesminister, Bezirksverwaltungsbehörden, Bundespolizeidirektionen, Bürgermeister im übertragenen Wirkungsbereich etc; vgl dazu zB *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.014; *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 92 f; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 107 f, 134 ff.

die keine Organfunktion im organisatorischen Sinn des eigentlich verpflichteten Rechtsträgers bekleiden. In solchen Fällen spricht man von der so genannten *mittelbaren Verwaltung*[254] bzw von *funktionellen Organen*.[255] Verantwortlicher Zurechnungsendpunkt bleibt aber auch in solchen Fällen wiederum jener Rechtsträger, dessen Aufgaben erfüllt werden.

In einem Vorgriff auf den sogleich folgenden Punkt 2.3.4 lässt sich hierzu feststellen, dass eine derartige „stellvertretende" (mittelbare) Erfüllung von Staatsaufgaben schon auf Verfassungsebene grundgelegt ist. So können Aufgaben der Bundesverwaltung auch von Organen der Länder vollzogen werden,[256] ohne dass dadurch ein Wechsel in der Verbandskompetenz eintritt.[257] Umgekehrt ist auch die Besorgung von Aufgaben der Landesverwaltung durch organisatorisch dem Bund zugehörige Organe möglich.[258] Darüber hinaus besorgen aber auch die Gemeinden und die sogenannten „sonstigen Selbstverwaltungskörper" im übertragenen Wirkungsbereich[259] Angelegenheiten der Bundes- und der Landesverwaltung.

Aber auch auf einfachgesetzlicher Ebene finden sich entsprechende Fälle einer mittelbaren Verwaltungsführung. Vor allem bei Einsätzen von Privaten als selbständige (funktionelle) Verwaltungsorgane in Form so genannter Beliehener (zB private Kontrollorgane in bestimmten Gerichten mit der Befugnis zur selbständigen Setzung

---

[254] So ausdrücklich *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.023; *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 302.

[255] Siehe *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.011; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 109.

[256] Art 102 Abs 1 B-VG. Diese mittelbare Bundesverwaltung stellt gegenüber der unmittelbaren Bundesverwaltung sogar den Regelfall dar.

[257] Vgl nur *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 217. Die betreffenden Aufgaben bleiben daher auch bei der Vollziehung durch Landesorgane weiterhin der Bundesverwaltung zugehörig.

[258] Hier lässt sich dann von mittelbarer Landesverwaltung sprechen, so zB *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 217. Dazu ist allerdings die Zustimmung der Bundesregierung erforderlich; es handelt sich daher bei der mittelbaren Landesverwaltung (anders als bei der mittelbaren Bundesverwaltung) um die Ausnahme denn die Regel, siehe Art 97 Abs 2 B-VG. Meist handelt es sich hierbei um Fälle der Mitwirkung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes an der Vollziehung von Landesgesetzen und um die Beziehung von Richtern in Kollegialorganen gemäß Art 20 Abs 2 Z 3 B-VG, so *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 308.

[259] So *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 109; für die Gemeinden: Art 119 B-VG; hierbei sind die Gemeinden, genauer: der Bürgermeister bzw diejenigen Gemeindeorgane, auf die der Bürgermeister die betreffenden Aufgaben zur Besorgung in seinem Namen übertragen hat, an die Weisungen des Bundes oder des jeweiligen Landes gebunden.
Für die sonstigen Selbstverwaltungskörper: Art 120b Abs 2 B-VG; die Bindung an die Weisungen des zuständigen obersten Verwaltungsorgans besteht hier zwar nicht ex lege, jedoch haben die betreffenden (einfachen) Gesetze ein solche Weisungsbindung ausdrücklich vorzusehen; vgl dazu *Zellenberg*, Selbstverwaltung 164 ff.

von Akten unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt[260]) liegt keine unmittelbare staatliche Verwaltung mehr vor. Die staatliche Verantwortung (insb in Form der Haftung) für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung ist aber auch in diesen Fällen weiterhin ungebrochen vorhanden.

2.3.4 Grundlegung der dargestellten Systematik in der Rechtsordnung

Die bisherigen Bemerkungen haben das Verhältnis zwischen Staatsaufgaben und den Maßnahmen zu ihrer tatsächlichen Erfüllung hauptsächlich von einem systematisierenden Standpunkt aus beleuchtet. Diese Systematik ist aber nicht bloß ein theoretisches Konstrukt. Vielmehr ist sie auch in der geltenden Rechtsordnung dogmatisch verankert, wie die folgenden Beispiele zeigen sollen:

Schon auf Verfassungsebene wird die in dieser Arbeit in den Vordergrund gerückte Unterscheidung in die Setzung verbindlicher Anordnungen einerseits und ihrem tatsächlichen Vollzug andererseits grundgelegt. In den Kompetenzbestimmungen (insb in den Art 10 bis 15 B-VG) wird ja ausdrücklich in die Zuständigkeiten zu Gesetzgebung und Vollziehung[261] unterschieden. Durch die Kompetenz zur Vollziehung werden grundsätzlich[262] der Bund und die Länder als Rechtsträger in die Verantwortung (insb iSd Zurechnung des im Rahmen der Vollziehung gesetzten Verhaltens in Bezug auf das Außenverhältnis[263] zu den Rechtsunterworfenen) genommen.

---

[260] Siehe § 5 iVm §§ 9 ff GOG sowie unten Punkt 12.2.

[261] In den genannten Kompetenzbestimmungen ist mit „Vollziehung" nur die Staatsfunktion (Hoheits-) Verwaltung gemeint, da gemäß Art 82 Abs 1 B-VG die Gerichtsbarkeit (als zweites Element des Begriffs „Vollziehung") ausschließlich beim Bund liegt; außerdem gilt die Kompetenzverteilung der Art 10 bis 15 B-VG gemäß Art 17 B-VG nicht für die Privatwirtschaftsverwaltung; vgl dazu nur *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 238; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 248.

[262] Ausnahmen von dieser grundsätzlichen Verantwortlichkeit des Bundes und der Länder für die Vollziehung bilden die Fälle der territorialen (Gemeinden nach Art 115 ff B-VG) und der sonstigen (Art 120a ff B-VG) Selbstverwaltung; diese ist im jeweils eigenen Wirkungsbereich ausdrücklich „in eigener Verantwortung" zu führen (vgl Art 118 Abs 4 B-VG, Art 120b Abs 1 B-VG sowie Art 23 B-VG).

[263] Zur „staatsinternen" rechtlichen und politischen Verantwortung siehe insb die Art 74, 76, 142 B-VG.

Aber auch die Organzuständigkeiten der Verwaltung und ihrer jeweiligen „Hilfsapparate“ werden bereits auf Verfassungsebene sowohl für den Bundes- wie auch für den Landesbereich in ihren Eckpunkten festgelegt. Mit den obersten Geschäften der Bundesverwaltung werden grundsätzlich der Bundeskanzler, Vizekanzler, die übrigen Bundesminister bzw die Bundesregierung als deren Gesamtheit betraut (Art 69 B-VG). Die tatsächliche Geschäftsbesorgung wird aber gemäß Art 77 Abs 1 B-VG von den Bundesministerien als der jeweiligen Geschäftsapparate der Minister vorgenommen.[264] Für den Bereich der Landesverwaltungen spricht Art 101 Abs 1 B-VG (wie schon die oben erwähnten verfassungsrechtlichen Kompetenzbestimmungen) von der „Vollziehung“[265] und weist diese einer vom jeweiligen Landtag zu wählenden Landesregierung zu. Die tatsächliche Geschäftsbesorgung obliegt aber dem jeweiligen Amt der Landesregierung als dem zuständigen Geschäftsapparat.[266] Dieses Muster wiederholt sich schließlich auch bei der erst jüngst erfolgten verfassungsrechtlichen Verankerung der Präsidentschaftskanzlei. Dieser obliegt nach Art 67a Abs 1 B-VG[267] ausdrücklich die Unterstützung des Bundespräsidenten (also gemäß Art 19 Abs 1 B-VG eines obersten Organs) bei der Besorgung seiner Amtsgeschäfte und stellt damit den Geschäftsapparat des Organs Bundespräsident dar.

Was die oben vorgestellte Systematik zwischen den Kategorien „Aufgaben“ und den die jeweiligen Erfüllungsmaßnahmen legitimierenden rechtlichen „Befugnisse“ betrifft, so lässt sich deren rechtliche Grundlegung vor allem auf einfachgesetzlicher Ebene zeigen. Die mE wohl besten und eindrucksvollsten Beispiele bieten hierfür das SPG[268] und das FPG.[269] Im SPG werden ausdrücklich im 2. Teil (§ 19 bis § 27a) die Aufgaben[270] und

[264] Art 77 Abs 1 B-VG spricht wörtlich von der „Besorgung der Geschäfte der Bundesverwaltung“ und weist diese Besorgung den Bundesministerien und den diesen unterstellten Ämtern zu. Gerade diese Bestimmung war beim Thema von Ausgliederungen, Privatisierungen und Beleihungen schon in der Vergangenheit mehrfach Gegenstand höchstgerichtlicher Entscheidungen. Siehe dazu auch unten Punkt 4. Zu weiteren Vorgaben hinsichtlich der internen Gliederung und der Geschäftsbesorgung durch die Ministerien siehe das Bundesministeriengesetz (BGM), BGBl Nr 1986/76.

[265] Und meint daher auch hier wieder nur die Verwaltung.

[266] Siehe insb § 3 BVG-Ämter der Landesregierung, BGBl Nr 1925/289. Dies gilt aber auch für den Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung (Art 106 B-VG). Hingewiesen sei aber auch auf die Sonderstellung des Landes Wien, für das das genannte BVG ausdrücklich nicht gilt.

[267] Siehe BGBl I Nr 2008/2.

[268] Sicherheitspolizeigesetz, BGBl Nr 1991/566 idgF.

[269] Fremdenpolizeigesetz, BGBl I Nr 2005/100 idgF.

[270] Zu bemerken ist, dass die im SPG normierten sicherheitspolizeilichen Aufgaben keine abschließende Aufzählung darstellen, sondern dass sich entsprechende Aufgaben auf dem Gebiet der Sicherheitspolizei

im 3. Teil (§ 28 bis § 50) die Befugnisse[271] für den Bereich der Sicherheitspolizei normiert, wobei hinsichtlich der Befugnisse wiederum zwischen solchen der Behörden und solchen der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes unterschieden wird.[272] Die Entscheidung des Gesetzgebers, in diesem Gesetzeswerk die Aufgaben von den Befugnissen auch sprachlich ausdrücklich zu trennen, ist wohl auf den Charakter der allgemeinen Sicherheitspolizei als quasi „Auffangmaterie"[273] für alle nicht schon durch die (besondere) Verwaltungspolizei erfassten Fälle zurückzuführen.[274] Aufgrund der dadurch entstehenden Weite dieser Materie wäre der Versuch, die allgemeine Sicherheitspolizei durch eine Vielzahl eng formulierter Tatbestand-Rechtsfolgen-Anordnungen in den Griff zu bekommen, wohl auch zu Scheitern verurteilt.[275]

Der Systematik des SPG folgend normiert das FPG im 5. Hauptstück die Befugnisse der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes und im 8. Hauptstück die Aufgaben[276] und Befugnisse der Fremdenpolizeibehörden. Auch hier werden also die (sowohl die Behörden als auch die exekutiven Hilfsorgane) verpflichtenden Aufgaben von den die tatsächlichen Erfüllungshandlungen deckenden Befugnissen zur Setzung unmittelbarer Maßnahmen in der gesetzlichen Ausgestaltung getrennt.

Ähnlich dem SPG und dem FPG ist auch die - allerdings aus dem Bereich der Strafgerichtsbarkeit stammende - StPO[277] aufgebaut. Allerdings hat der Gesetzgeber in Bezug auf den hier interessierenden Gesetzesaufbau die beim SPG und dem FPG an den Tag gelegte Konsequenz bei der Kodifikation des Strafprozessrechts leider nicht ganz aufrechterhalten, da zwar das 7. Hauptstück der StPO mit „Aufgaben und Befugnisse

---

iSd Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG iVm § 3 SPG auch in anderen Gesetzen finden lassen (siehe dazu einmal das unten in Punkt 12.1 behandelte LSG sowie die weiteren bei *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 81 f, angeführten Beispiele); siehe dazu insb *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 80 ff, 208 ff.

[271] Hinsichtlich der Befugnisse gilt das in der obigen FN zu den Aufgaben Gesagte sinngemäß; siehe *Hauer/Keplinger* Sicherheitspolizeigesetz 277 f.

[272] Die Sicherheitsbehörden sind von dem ihnen jeweils als Hilfsapparat beigegebenen oder unterstellten Wachkörper getrennt zu betrachten (siehe dazu insb § 5 Abs 5 SPG und § 10 Abs 2 SPG); siehe dazu unten Punkt 2.4.2.

[273] So insb VfSlg 3650/1959 („Alle Polizei, die nicht Verwaltungspolizei ist, ist daher Sicherheitspolizei"); kritisch dazu insb *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 92, 97 ff; siehe dazu auch oben Punkt 2.2.2.

[274] Die gesetzestechnische Trennung in Aufgaben- und Befugnisnormen ist keine genuin österreichische Erfindung; vielmehr hat sie der österreichische Bundesgesetzgeber von den Polizeigesetzen der deutschen Bundesländer übernommen; siehe *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 200, 342. Nach *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 208, wurde diese ausdrückliche Trennung erstmals mit dem SPG in die österreichische Verwaltungsrechtsordnung eingeführt.

[275] Vgl insb RV 148 BlgNR 18. GP, 1 ff.

[276] Zu den Aufgaben siehe insb § 52 FPG.

[277] Strafprozessordnung, BGBl Nr 1975/631 idgF.

der Kriminalpolizei, der Staatsanwaltschaft und des Gerichts“ betitelt ist, aber die eigentlichen Befugnisse der Kriminalpolizei vielmehr im 8. und im 9. Hauptstück zu finden sind.[278] Die formal-gesetzessprachliche (systematische) Trennung der Aufgaben von den Befugnissen ist aber auch hier verwirklicht.[279]

2.3.5 Zu den Begriffen „Staatsaufgaben“ und „Aufgaben“

Abschließend ist im Zusammenhang mit dem Thema der (Staats-) Aufgaben und den darauf Bezug nehmenden Erfüllungshandlungen der Vollständigkeit halber noch ein letzter Punkt zu beleuchten. Dieser besteht darin, dass der Gesetzgeber zwar nicht den Begriff „Staatsaufgabe(n)“ verwendet, sehr wohl aber jenen der „Aufgabe(n)“. Dieser Begriff taucht an unzähligen Stellen quer durch die Rechtsordnung auf.[280] Es ist daher noch zu klären, welche Bedeutung der Gesetzgeber diesem „Aufgabe(n)“-Begriff beimisst, oder ganz konkret gesagt: ob er sich als Rechtsbegriff mit dem wissenschaftlichen Begriff der „Staatsaufgaben“ nach dem hier herangezogenen Verständnis deckt oder wo im Fall der Abweichung die Unterschiede liegen.

Beschränkt auf den Bereich des öffentlichen Rechts - und hier wieder nur in Bezug auf die staatliche Sphäre[281] - zeigt sich, dass sich der Rechtsbegriff „Aufgabe(n)“ idR nur auf die Erfüllung von Verpflichtungen im Innenverhältnis (also gegenüber dem jeweiligen staatlichen Rechtsträger) bezieht. Dadurch wird zwar das jeweilige (organisatorische oder funktionelle) Organ mit der Wahrnehmung der betreffenden materiellen Verpflichtung „belastet“[282], es ist aber nach der Absicht des Gesetzgebers nicht die Begründung einer (Eigen-)Zuständigkeit dieses Organs im Sinne einer (Letzt-)

[278] Die Ursache hierfür bedürfte einer näheren Erörterung, die an dieser Stelle aber nicht geleistet werden kann. Man wird aber wahrscheinlich nicht allzu falsch mit der Vermutung liegen, dass sich die Gesetzessystematik der StPO vorrangig an den Belangen und Bedürfnissen der Staatsanwaltschaften und Gerichte orientiert als an den Aufgaben und Befugnissen der Kriminalpolizei.

[279] Diese Trennung findet sich beispielsweise auch noch in § 38 Abs 1 und 1a Abfallwirtschaftsgesetz, BGBl I Nr 2002/102 idgF.

[280] So wirft eine Recherche im RIS mit dem Suchwort „Aufgabe*“ allein im Bundesrecht weit über 8.000 Treffer aus.

[281] Die folgenden Ausführungen beziehen sich daher nicht auf jene Fälle, in denen sich Verhaltensanordnungen nur auf die Sphäre der Rechtsunterworfenen beziehen, wie zB die große Masse der Verhaltenspflichten nach den verwaltungsrechtlichen Materien wie zB der StVO, KfG, GewO etc.

[282] ZB *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 159. Die Obliegenheit zur Wahrnehmung einer materiellen Verpflichtung (also zur Herbeiführung von in der Außenwelt wahrnehmbarer Veränderungen) ließe sich mE durchaus als formelle Verpflichtung bezeichnen.

Zurechnung des Verhaltens im haftungsrechtlichen Sinn gemeint. Für das Außenverhältnis (also gegenüber Rechtsunterworfenen) hat der so zu verstehende Rechtsbegriff „Aufgabe“ daher allenfalls nur für den administrativen Rechtszug Bedeutung, da er in Verbindung mit dem jeweiligen Verfahrensrecht anzugeben vermag, wo (dh: bei welchem Organ) allfällige Rechtsmittel einzubringen sind.

An zwei stellvertretenden Beispielen[283] soll das bisher zum Ausdruck gebrachte verdeutlicht werden: so spricht § 40a Abs 5 KfG auf einfachgesetzlicher Ebene von der *Übertragung von Aufgaben* auf beliehene Versicherer, obgleich es sich bei den genannten materiellen Aufgaben[284] eindeutig um solche der Hoheitsverwaltung handelt.[285] Da aber Aufgaben der Hoheitsverwaltung zwangsläufig nur Staatsaufgaben sein können,[286] kann schon aus diesem Grund keine Übertragung der (Letzt-) Verantwortung iSd endgültigen Zurechung des Verhaltens gemeint sein,[287] sondern nur das Element der *Erfüllung* der betreffenden Aufgaben für den Bund als tatsächlich letztverantwortlichen Rechtsträger.
Ebenso ist auch Art 120b Abs 2 B-VG als Beispiel in Verfassungsrang zu verstehen. Hier wird angeordnet, dass *Aufgaben* der staatlichen Verwaltung auf so genannte „sonstige Selbstverwaltungskörper“[288] *übertragen* werden können und diese Aufgaben dann ausdrücklich als solche des übertragenen Wirkungsbereichs zu bezeichnen sind.[289] Damit handelt es sich dann aber eben weiterhin um Aufgaben der staatlichen Verwaltung, womit - so wie im Beispiel zuvor - letztlich wieder der Staat für die

[283] Weiters zB auch § 83 AbfallwirtschaftsG, § 130 Abs 1 ForstG, § 3 Abs 1 Z 2 BMG.
[284] Bei diesen materiellen Aufgaben handelt es sich zB um die Zulassung nach § 37 KfG und der Zuweisung von Kennzeichen, die Ausstellung des Zulassungsscheins sowie die Eintragung bestimmter nachträglicher Änderungen im Zulassungsschein, die Ausgabe von Kennzeichentafeln etc.
[285] Siehe nur § 40b Abs 1 KfG, wonach die beliehenen Versicherer an die Stelle der Behörde treten. Aber schon allein die Stellung der Versicherer als Beliehene macht deutlich, dass es nur um den Bereich der Hoheitsverwaltung gehen kann.
[286] Siehe nur *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 14.
[287] Das Verhalten in Vollziehung von (Staats-) Aufgaben der Hoheitsverwaltung kann in letzter Konsequenz nur dem Staat zugerechnet werden, niemals aber einem Privaten.
[288] Siehe Art 120a bis 120c B-VG; damit ist die nicht-territoriale Selbstverwaltung neben der territorialen durch die Gemeinden angesprochen.
[289] Anders allerdings bei den Gemeinden, da dort gemäß Art 118 Abs 2 B-VG nicht die Aufgaben des übertragenen, sondern jene des eigenen Wirkungsbereichs ausdrücklich als solche zu bezeichnen sind. Außerdem können bei Gemeinden auch Aufgaben der Hoheitsverwaltung (insb auch „Polizei“-aufgaben) zum eigenen Wirkungsbereich gehören (vgl Art 116a Abs 1 Z 1 B-VG, Art 118 Abs 2 und 3 B-VG), der nach Art 118 Abs 4 B-VG in eigener Verantwortung weisungsfrei besorgt werden kann. Weiters sind Gemeinden gemäß Art 116 Abs 1 B-VG auch Gebietskörperschaften, weshalb sie unter Beachtung dieser Umstände in dieser Untersuchung zum Begriff „Staat“ und damit zu möglichen Trägern von „Staatsaufgaben“ gezählt werden; vgl dazu auch VfSlg 5637/1967.

Erfüllung verantwortlich ist. Es ist also auch in Art 120b Abs 2 B-VG mit der *Übertragung von Aufgaben* nicht ein Wechsel in der Zurechnung nach Außen angesprochen, sondern nur die Zuständigkeit zur Erfüllung im Innenverhältnis.[290]
Ein anderer als dieser - an den beiden Beispielen soeben dargestellter - Sinn des Rechtsbegriffs „Aufgabe(n)" kann sich nur dann ergeben, wenn nicht nur das jeweils für zuständig erklärte Organ als solches, sondern direkt und unmittelbar der hinter dem betreffenden Organ stehende Rechtsträger angesprochen wird (und dieser Rechtsträger im Weiteren auch tatsächlich Träger der jeweiligen Aufgabe sein kann, was ja im oben erwähnten Fall des Art 120b Abs 2 B-VG in Bezug auf Aufgaben der staatlichen Verwaltung nach ausdrücklicher verfassungsrechtlicher Anordnung gerade nicht der Fall war). Solche Fälle sind aber nur selten anzutreffen.[291]

In der Tatsache, dass sich der gesetzliche Terminus „Aufgabe(n)" also idR lediglich auf das Verhältnis des jeweils verpflichteten staatlichen Rechtsträgers zu seinen Organen zur Verfolgung der insoweit zum Ausdruck gebrachten öffentlichen Interessen bezieht und daher keine Letztverantwortung des betreffenden Organs in Bezug auf das Verhältnis zu den Rechtsunterworfenen meint (sondern diesen gegenüber allenfalls nur Bedeutung für den verwaltungsinternen Rechtsmittelweg haben kann), liegt zugleich auch der Unterschied zu dem hier herangezogenen wissenschaftlichen Begriff der „Staatsaufgaben". Dieser bezeichnet ja - wie in Punkt 2.1.5 und 2.3.3.1 erwähnt - gerade sehr wohl die Letztverantwortung gegenüber den Rechtsunterworfenen, indem er die gesamthafte Zurechnung des in Erfüllung der Verpflichtungen gesetzten Verhaltens zu einem bestimmten staatlichen Rechtsträger erfasst.[292] Was allerdings die Begriffe „Staatsaufgaben" und „Aufgaben" gemeinsam haben, ist, dass sie sich beide auf verpflichtend wirkende Absichten des Gesetzgebers - also den zu Normen geronnenen öffentlichen Interessen - beziehen.

---

[290] Etwas anderes könnte nur für den eigenen Wirkungsbereich gelten, da dieser nach Art 120b Abs 1 B-VG in eigener Verantwortung frei von Weisung besorgt werden darf; nach *Zellenberg*, Selbstverwaltung 158 ff, handelt es sich dabei um ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht; ebenso *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 879 mwN, für die Gemeinden (Art 118 Abs 4 B-VG).
[291] So zB in Art 119a Abs 1 B-VG.
[292] *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.015, und *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 65, 71, 97 ff, 150, sprechen in Bezug auf die Letztverantwortung des Rechtsträgers auch von der „Verbandskompetenz" und in Bezug auf die Verpflichtung des jeweils zuständigen Organs von der „Organkompetenz".

2.4 Im Besonderen: Die Besorgung der allgemeinen Sicherheitspolizei

2.4.1 Allgemeines

Nachdem in den obigen Bemerkungen die Systematik der Erfüllung von Staatsaufgaben in ihren allgemeinen Eckpunkten vorgestellt wurde, soll nun speziell auf die Besorgung der allgemeinen Sicherheitspolizei[293] näher eingegangen werden. Die dazu einschlägigen Bestimmungen finden sich sowohl schon im Bundesverfassungsrecht (insb Art 10 Abs 1 Z 7 und 14 B-VG, Art 78a ff B-VG) als auch auf einfachgesetzlicher Ebene (insb im SPG).

In diesem Zusammenhang wurde bereits oben unter Punkt 2.3.4 bemerkt, dass gerade in der gesetzestechnischen Konstruktion des SPG (quasi als österreichischer „Prototyp“[294]) die in dieser Arbeit ganz allgemein für die eingreifende Hoheitsverwaltung (jedenfalls aber im Zusammenhang mit der Rechtssatzform „unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ iSd Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG) vertretene Ansicht der kategorialen Trennung in verpflichtende Aufgaben einerseits und zu tatsächlichen Maßnahmen ermächtigende Befugnisse andererseits ausdrücklich vorgenommen wird.

In den Regelungen zur allgemeinen Sicherheitspolizei wird neben der Trennung in Aufgaben und Befugnisse aber auch die Möglichkeit augenscheinlich, dass staatliche Aufgaben nicht nur unmittelbar durch die jeweils verpflichtete Behörde (bzw den Behördenleiter), sondern auch durch die ihr zur Verfügung stehenden (exekutiven) Hilfsorgane besorgt werden können. Damit wäre die durch Sicherheitsbehörden einerseits und Wachkörper andererseits gebildete organisatorischen Dualität angesprochen.[295] Da es nun in dieser Untersuchung speziell um die Auslotung genau

[293] Im Sinne von Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG iVm § 3 SPG.
[294] Vgl *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 208.
[295] Dies gilt im Übrigen nicht nur für die Sicherheitspolizei oder die unter den Begriff der Sicherheitsverwaltung nach § 2 Abs 2 SPG zusammengefassten Materien, sondern ganz allgemein für alle jene Fälle, wo Organe der Bundespolizei bzw Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes als exekutive Hilfsorgane für eine Behörde einzuschreiten haben (so zB § 336 GewO, Art III Abs 2 EGVG, insb aber

jener Grenzen geht, innerhalb derer private Rechtsträger an der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben durch einfachgesetzliche Organisationsänderungen beteiligt werden können[296], werden sich die folgenden Bemerkungen auf die Darstellung des schon durch die Verfassung vorgezeichneten und durch einfachgesetzliche Bestimmungen näher konkretisierten organisatorischen Grundmusters im Zusammenwirken der Sicherheitsbehörden und ihrer exekutiven Hilfsorgane beschränken. Insofern stellen also die kommenden Ausführungen nur eine Art „Einführung" in die Modalitäten der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben dar, um mögliche Ansatzpunkte für eine Beteiligung Privater aufzuzeigen. Eine ausführlichere Auseinandersetzung mit den verfassungsrechtlichen Bestimmungen über Sicherheitsbehörden und Wachkörper (insb Art 78a ff B-VG) sowie den sich daraus etwaig ergebenden absoluten Grenzen für die Beteiligung Privater erfolgt dann weiter unten.[297]

2.4.2 Die Dualität Sicherheitsbehörden - Wachkörper

Bereits durch die Verfassung werden die wesentlichsten Eckpunkte der Organisation der Sicherheitsbehörden festgelegt. So bestimmt Art 78a Abs 1 B-VG den Bundesminister für Inneres zur obersten Sicherheitsbehörde.[298] Ihm sind die Sicherheitsdirektionen in den Ländern, ihnen wiederum nachgeordnet die Bezirksverwaltungsbehörden und die Bundespolizeidirektionen als Sicherheitsbehörden nachgeordnet.[299] Nach Abs 3 bestimmen die Bundesgesetze, inwieweit Organe der Gemeinden als Sicherheitsbehörden einzuschreiten haben.

---

im Verkehrsrecht gemäß § 97 StVO, § 35 Abs 2 Z 1 FSG, § 123 Abs 2 KfG); vgl auch RV 643 BlgNR 22. GP, 3; *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 147 ff.

[296] Nach dem in dieser Arbeit herangezogenen Begriffsverständnis handelt es sich bei solchen organisatorischen Maßnahmen um „funktionelle Privatisierungen"; siehe dazu unten Punkt 2.5.5.2.

[297] Siehe die Punkte 7.3.1.2 und 7.3.1.3.

[298] Unter Bundesminister für Inneres werden selbstverständlich genauso männliche wie weiblich Organwalter begrifflich erfasst. Die hier herangezogenen Ausdrücke orientieren sich im Übrigen an der Gesetzessprache, die nicht zwischen den Geschlechtern unterscheidet.

[299] Es liegt daher aufgrund der Beteiligung der Bezirksverwaltungsbehörden weder eine reine unmittelbare Bundesverwaltung sowie aufgrund der fehlenden Beteiligung des Landeshauptmanns als Sicherheitsbehörde auch keine mittelbare Bundesverwaltung vor; man wird daher am ehesten von einer Vollzugsform sui generis auszugehen haben; vgl ausführlich *Pöschl*, Art 78a B-VG Rz 12, sowie *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 85.

Auf einfachgesetzlicher Ebene werden diese verfassungsrechtlichen Festlegungen in § 4 SPG grundsätzlich nur wiederholt und der Bürgermeister zur Fundbehörde bestimmt. Die §§ 6 ff SPG enthalten schließlich weitere Konkretisierungen hinsichtlich der einzelnen Sicherheitsbehörden und ihrer inneren Organisation.

In gewisser Weise parallel zu den Sicherheitsbehörden werden in Art 78d Abs 1 B-VG die so genannten Wachkörper definiert. Es sind dies bewaffnete oder uniformierte oder sonst nach militärischem Muster eingerichtete Formationen, denen Aufgaben polizeilichen Charakters übertragen sind. Ausdrücklich keine Wachkörper bilden das zum Schutz der Land- und Forstwirtschaft, des Bergbaus, der Jagd, der Fischerei oder anderer Wasserberechtigungen aufgestellte Wachpersonal sowie die Organe der Marktaufsicht und der Feuerwehr.
Im sicherheitspolizeilichen Zusammenhang bestimmt hierzu der einfachgesetzliche § 5 Abs 2 SPG, dass Angehörige des Wachkörpers Bundespolizei, der Gemeindewachkörper und des rechtskundigen Dienstes bei Sicherheitsbehörden (sofern sie zur Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt ermächtigt sind) sogenannte Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes bilden. Diese versehen nach § 5 Abs 1 SPG für die Sicherheitsbehörden den sicherheitspolizeilichen Exekutivdienst, also den Streifen- und Überwachungsdienst, die Ausübung der ersten allgemeinen Hilfeleistungspflicht und der Gefahrenabwehr sowie den Ermittlungs- und Erkennungsdienst (§ 5 Abs 3 SPG). Hinsichtlich dieser Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes liegt der Schwerpunkt in der praktischen Bedeutung eindeutig bei den Angehörigen des Wachkörpers Bundespolizei. Dies ergibt sich einmal aus der Tatsache, dass durch § 10 Abs 1 SPG eine bundesweit detaillierte Organisationsstruktur dieses Wachkörpers festgelegt wird[300], sowie aus dem in Art 78d Abs 2 B-VG normierten Konkurrenzverbot zugunsten der Bundespolizei.[301]

Von grundlegender Bedeutung ist nun die Tatsache, dass die sogenannten Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes in Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben (also im

[300] So existiert in jedem Bundesland ein Landespolizeikommando, dem Bezirks- und Stadtpolizeikommanden sowie Polizeiinspektionen untergeordnet sind.
[301] Diesem Verbot zufolge darf im örtlichen Wirkungsbereich einer Bundespolizeidirektion von einer anderen Gebietskörperschaft ein Wachkörper nicht errichtet werden. Zum historischen Hintergrund dieser Bestimmung siehe unten Punkt 7.3.1.3.

„äußeren“ Dienst) keine eigenen Behörden darstellen bzw keine eigene Behördenfunktion ausüben.[302] Vielmehr sind sie nur der jeweiligen Sicherheitsbehörde beigegebene, unterstellte oder zugeteilte Hilfsorgane.[303] Dies hervorzuheben ist deshalb erforderlich, da sich die im 3. Teil des SPG genannten hoheitlichen Befugnisse im überwiegenden Maß direkt an die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes wenden und dies eigentlich für eine eigene Behördenqualität sprechen würde. Entgegen ihrer Bezeichnung werden die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes dadurch allerdings nicht zu selbständigen Organen, sondern bleiben lediglich der Behörde zur Verfügung stehende Hilfsorgane.[304]

Die von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes gesetzten sicherheitspolizeilichen Maßnahmen sind daher für Zwecke des Rechtsschutzes derjenigen Sicherheitsbehörde zuzurechnen, unter deren (fachlicher) Leitung sie eingeschritten sind.[305] Die sicherheitspolizeilichen Aufgaben nach dem 2. Teil des SPG verpflichten damit aber eben nicht nur die Sicherheitsbehörden, sondern natürlich auch die ihnen jeweils beigegebenen, unterstellten oder zugeteilten exekutiven Hilfsorgane.[306]

---

[302] So ausdrücklich RV 643 BlgNR 22. GP, 3 sowie zB *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 147 ff; *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 92 ff, *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 136. Eine Ausnahme kann sich nur in Bezug auf Angelegenheiten des inneren Dienstes (insb in dienstrechtlichen Angelegenheiten der Bediensten des Wachkörpers Bundespolizei) ergeben, vgl dazu die demonstrative Aufzählung in § 10 Abs 2 SPG; auf die diesbezügliche Sonderstellung Wiens nach § 8 Abs 1 SPG iVm § 10 Abs 3 SPG sei hier nur hingewiesen.

[303] Siehe zB § 8 Abs 1 SPG und die RV 643 BlgNR 22. GP, 3 ff; die Unterscheidung zwischen „Beigebung“ und „Unterstellung“ ist insb für die Zuständigkeit zur Ausübung der Dienst- und Fachaufsicht und damit zusammenhängend zur Setzung disziplinärer Maßnahmen von Bedeutung; „Zuteilung“ ist im dienstrechtlichen Sinn (§ 39 BDG) zu verstehen; vgl dazu insb *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 97 f; *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 153.

[304] VfSlg 3656/1959, VfSlg 9013/1981, VfSlg 13.021/1992; siehe dazu insgesamt *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 136; *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 149 f.

[305] Ganz im Sinne der Ausführungen in Punkt 2.3.5 über den Rechtsbegriff „Aufgaben“ ist daher festzustellen, dass die Formulierung des Art 78d Abs 1 B-VG „Wachkörper sind (…) Formationen, den Aufgaben polizeilichen Charakters übertragen sind“ nur als staatsinterne Zuständigkeitsnorm zu verstehen ist, und nicht als Änderung der Verantwortung in Bezug auf das Außenverhältnis gegenüber den Rechtsunterworfenen. Für den Fall des sicherheitspolizeilichen Einschreitens von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes außerhalb des Sprengels jener Behörde, der sie beigegeben, unterstellt oder zugeteilt sind, siehe § 14 Abs 3 SPG; derartige Amtshandlungen gelten als solche der örtlich zuständigen Bundespolizeidirektion bzw Bezirksverwaltungsbehörde, die im Übrigen unverzüglich vom einschreitenden Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes zu verständigen ist.

[306] Der Titel des 2. Teils des SPG erwähnt allerdings nur die Sicherheitsbehörden; vgl dazu nur *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 208 ff, *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 201 f, 340, und die Ausführungen zur rechtswissenschaftlichen Kategorie der „Aufgaben“ als Absichten und Ziele des Gesetzgebers oben in Punkt 2.3.3.1.

Aus dieser Skizzierung der Modalitäten der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben lassen sich nun auch dementsprechend differenzierte Ansatzpunkte für etwaige Beteiligungen Privater herausfiltern:[307]

so könnte man theoretisch einmal daran denken, Private zu „echten" Sicherheitsbehörden zu machen und ihnen auf diese Art und Weise eine selbständige Organstellung zu verleihen.[308]

Quasi eine Stufe unterhalb einer solchen „organschaftlichen" Beleihung von Privaten zu eigenen Sicherheitsbehörden ist jene Variante angesiedelt, wo Private bloß zu sicherheitspolizeilichen (exekutiven) Hilfsorganen gemacht werden. Entsprechend der verfassungsrechtlichen Vorgabe des Art 78d Abs 1 B-VG und ihrer einfachgesetzlichen Ausführung im SPG ist in diesem Zusammenhang zunächst zu überlegen, ob bzw inwieweit Private Wachkörper iSd genannten verfassungsrechtlichen Bestimmung errichten können. Ergänzend dazu wird man aber auch zu diskutieren haben, ob Private eventuell auch in anderen, zu Wachkörpern nach Art 78d Abs 1 B-VG alternativen Organisationsformen an der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben beteiligt werden können.[309]

Damit wären nun mE alle denkbaren Ansatzpunkte für etwaige Beteiligungen Privater an der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben (nämlich: Sicherheitsbehörde – exekutive Hilfsorgane, hier wieder unterschieden zwischen Wachkörper und alternativen Organisationsformen) benannt. Bevor diese Ansatzpunkte näher auf ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit hin untersucht werden können, ist zuvor noch das thematische Umfeld weiter aufzubereiten.

---

[307] Soweit zu sehen ist, leiden bisherige Untersuchungen zum Thema der Zulässigkeit der Beteiligung Privater an der Erfüllung sicherheitspolizeilichen Aufgaben hauptsächlich an dem Mangel, nicht in ausreichender Weise zwischen den unterschiedlichen Varianten und Möglichkeiten einer etwaigen privaten Beteiligung zu differenzieren; einen ersten Ansatz zu einer differenzierten Betrachtung bieten dagegen *Stolzlechner/Horvath*, Sicherheitsverwaltung II 32 f, die zwischen einer „organschaftlichen" Beleihung einerseits und bloßen behördlichen Hilfstätigkeiten andererseits unterscheiden; siehe auch *Stolzlechner*, Übertragung 41; wie oben versucht wurde zu zeigen, ist mE aber auch auf Ebene der bloßen Hilfstätigkeiten noch einmal entsprechend der Art der Heranziehung der Privaten als Wachkörper bzw einer dazu alternativen Form zu differenzieren.

[308] Siehe dazu unten Punkt 7.3.1.2.

[309] Siehe dazu unten Punkt 7.3.1.3.

2.5 Begriffsklärung: Entstaatlichung, Ausgliederung und Privatisierung

2.5.1 Allgemeine Bemerkungen

Bei der Erörterung der Frage nach den Möglichkeiten und Grenzen der Beteiligung Privater an der Erfüllung von Aufgaben der allgemeinen Sicherheitspolizei kann es natürlich nicht ausbleiben, auch die mit dieser Frage eng zusammenhängenden Begriffe der *Entstaatlichung, Ausgliederung* und der *Privatisierung* zu beleuchten. Gerade diese Begriffe wollen nämlich jene Phänomene systematisch erfassen, die im Zuge der „Privatisierungseuphorie“[310] des ausgehenden vorigen Jahrhunderts ins Zentrum des rechtswissenschaftlichen Interesses getreten sind. Es handelt sich dabei aber nicht um die einzigen Begriffe, die in diesem Zusammenhang in der einschlägigen Literatur Verwendung finden. Auch die Forderungen nach bzw die Ablehnung von (noch weitergehender) *Deregulierung*[311], *Entbürokratisierung*, *Liberalisierung*[312], *Kooperationalisierung*[313] und *Entprivilegierung*[314] oder Modellen des *New Public Management* bzw *Public Private Partnership*[315] gehört zum Standardrepertoire in einschlägigen rechtswissenschaftlichen, insb aber auch wirtschaftspolitischen Diskussionen.

Es ist mE weder sinnvoll noch möglich, alle bisher gefundenen Verwendungen dieser oder ähnlicher Begriffe im Rahmen dieser Arbeit darzustellen und auf ihre rechtswissenschaftliche Verwendbarkeit hin zu untersuchen. Nur die am häufigsten vorkommenden Termini, nämlich *Entstaatlichung, Ausgliederun*g und *Privatisierung*[316]

---

[310] Diesen Ausdruck verwenden zB *Neisser*, Ausgliederungen 65; *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 8; *Baumgartner*, Ausgliederung 2.
[311] Siehe dazu zB *Wimmer/Arnold*, Optimierung 291 ff.
[312] Siehe zu diesen Begriffen zB *Raschauer*, Verwaltungsaufgaben 228 f; *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 18; *Baumgartner*, Ausgliederung 102 ff.
[313] *Butzer*, Sicherstellungsauftrag Rz 4.
[314] Siehe zu diesem Begriff *Wimmer/Kahl*, Unternehmen 4.
[315] Siehe dazu zB die Beiträge in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hg), Public Private Partnership (2003).
[316] Aber selbst hier gibt es wieder verschiedene terminologische Abwandlungen, wie zB unechte und echte Privatisierungen zB bei *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.047; *Holzinger*, Organisation 173, oder echte und unechte Ausgliederungen zB bei *Rill*, Verwaltungsbegriff 50 f, oder

sollen in der gebotenen Kürze vorgestellt werden. Auf die *Privatisierung* wird schließlich näher einzugehen sein, da sie, nach dem hier herangezogenen Begriffsverständnis als Beteiligung „echter" Privater an der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben, im Zentrum der weiteren Erörterungen stehen wird. Zuvor wird aber noch darzulegen sein, was unter einem „echten" Privaten zu verstehen ist.
Nicht erörtert wird hier im Übrigen auch der Themenkreis der *Regulierung*[317], da es dort in der Hauptsache darum geht, bestimmte auf dem Markt erbrachte Leistungen einer gewissen Aufsicht und Steuerung zu unterwerfen, da ihnen besondere Bedeutung zur Erhaltung des Gemeinwohls beigemessen wird. Im Rahmen dieser Arbeit steht aber nicht der Markt im Blickfeld, sondern der Staat und die von ihm erbrachten bzw ihm zurechenbaren Leistungen.

2.5.2 „Echte" und „unechte" Private

Wie bereits in der Einleitung zu dieser Arbeit dargelegt, stehen hauptsächlich die Möglichkeiten der Beteiligung privater Sicherheitsdienste an der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben im Blick dieser Untersuchung. Es bedarf keiner großen Erklärungen, dass es sich bei diesen privaten Sicherheitsdiensten um so genannte „echte" Private handelt, da der Staat an diesen rein privatrechtlich organisierten und geführten Unternehmen in keiner Weise organisatorisch beteiligt ist.[318] Da man nun aber fragen könnte, ab welcher (hypothetischen) staatlichen Beteiligung sich der „echte" Private zum „unechten" Privaten wandelt und eine solche terminologische Unterscheidung in der Literatur auch tatsächlich immer wieder anzutreffen ist[319], soll nun auch hier diese (rechtswissenschaftliche) Differenzierung vorgenommen werden.

Ausgliederungen der ersten Stufe und Ausgliederungen der zweiten Stufe bei *Wimmer/Kahl*, Unternehmen 33.

[317] Siehe dazu zB *Raschauer*, Verwaltungsaufgaben 220 ff; *Wimmer/Kahl*, Unternehmen 133 ff. Das Modell der Regulierung gewann aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben nach Abschaffung bestimmter Staatsregalien zur Stärkung des Wettbewerbes auch in Österreich stark an Bedeutung, zB auf den Gebieten der Energiewirtschaft oder Telekommunikation.

[318] Die hier vorgenommene Unterscheidung zwischen „echten" und „unechten" Privaten stellt daher auf rein organisatorische Gesichtspunkte ab, und nicht etwa darauf, ob privatrechtliche Rechtsträger auch an der Erfüllung staatlicher Aufgaben beteiligt sind; so auch die einschlägige Literatur, siehe sogleich die Nachweise in der nächsten FN.

[319] So zB *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 14; *Holoubek*, Konsequenzen 33 ff; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 13. Die Unterscheidung in „echte" und „unechte" Private hat vor allem auch im

Als „echte“ Private sollen einerseits diejenigen natürlichen Personen verstanden werden, die nicht aufgrund eines öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Dienstverhältnisses oder auf andere Weise[320] als Organ im organisatorischen Sinn in den staatlichen Organkomplex eingegliedert sind. Andererseits sind aber auch solche Eingegliederten dann „echte“ Private, wenn sie außerhalb ihrer Organstellung und der damit einhergehenden Amtsbefugnisse handeln[321].
Bei juristischen Personen des Privatrechts[322] handelt es sich dann um „echte“ Private, wenn an ihnen der Staat entweder gar nicht oder nur unterhalb des Mehrheitseigentums beteiligt ist.[323] Eine bloße staatliche Sperrminorität verhindert deshalb noch nicht die Qualifizierung als „echten“ Privaten.

Liegt dagegen eine staatliche Mehrheitsbeteiligung an einer solchen privatrechtlichen juristischen Person vor, dann handelt es sich konsequenter Weise um einen „unechten“ Privaten. Aber auch bei einem entsprechenden (sonstigen) wirtschaftlichen oder organisatorischen Einfluss des Staates auf die betreffende juristische Person liegt ein „unechter“ Privater vor, so zB bei Entsendungsrechten in das jeweilige geschäftsführende bzw vertretungsbefugte Organ[324].

Zusammenhang mit Frage nach der Grundrechtsbindung bei der Wahrnehmung nicht-hoheitlich zu erfüllender Aufgaben Bedeutung, da der Errichtung eines „unechten“ Privaten eine gewisse Indizwirkung dergestalt zukommt, dass von einem solchen „unechten“ Privaten (insb nach einer Ausgliederung) Aufgaben der staatlichen Verwaltung wahrgenommen werden; siehe dazu insb *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 45 ff, 93, 629 ff; weiters *Saladin*, Grundrechtsprobleme 59 ff, insb 76 f; *Wimmer/Kahl*, Unternehmen 35, mwH auf Literatur und Judikatur; *Holoubek*, Konsequenzen 39 ff; *Berka*, Grundrechte Rz 213 ff; *Baumgartner*, Ausgliederung 66 ff.

[320] ZB durch Wahl (Art 20 Abs 1 B-VG) oder Ernennung ohne Begründung eines Dienstverhältnisses (Art 70 Abs 1 B-VG).

[321] Also zB ein Polizist, der nebenberuflich bei einem privaten Sicherheitsdienst arbeitet. Siehe insb *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 114 ff; *Ossenbühl*, VVDStRL 29, 144. Mitunter können sich hier aber auch schwierige Abgrenzungsfragen stellen, die vor allem im Bereich der Amtshaftung schlagend werden; siehe zB *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 112, 705 ff, 1333; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 50.056.

[322] Im gegebenen Zusammenhang mit *Ausgliederungen* und *Privatisierungen* sind hier vor allem GmbH und AG gemeint; vgl dazu *Baumgartner*, Ausgliederung 270 ff.

[323] Ebenso ausdrücklich *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 13; wohl auch *Baumgartner*, Ausgliederung 100.

[324] So auch *Kucsko-Stadlmayer*, Reduzierung 175; offenbar auch *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 14; vgl zu dieser Nahebeziehung zwischen privatem Rechtsträger und einer Gebietskörperschaft *Baumgartner*, Ausgliederung 65 f. *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 60.004, bezeichnen solche „unechten“ Privaten auch als „Staatstrabanten“. Mit *Wimmer/Kahl*, Unternehmen 15, kann man hier von öffentlichen Unternehmen im organisatorischen Sinn sprechen. Vgl zu Auslegung und Verständnis des Art 126b Abs 2 B-VG zB *Hengstschläger*, Kontrolle 12 ff mwN; *Baumgartner*, Art 126b B-VG;

Wie unschwer zu erkennen ist, orientiert sich meine hier vorgenommene Unterscheidung stark an den Zuständigkeitsregelungen des Rechnungshofes[325] und der gemeinschaftsrechtlichen Transparenz-RL[326]. Mangels besserer Alternativen erscheint mir dieser Ansatz am ehesten mit den Vorgaben des Verfassungsgesetzgebers vereinbar, um zu der hier unternommenen Trennung zwischen „echten" und „unechten" Privaten zu gelangen[327].

2.5.3 Entstaatlichung

Entstaatlichung wird in der wissenschaftlichen Diskussion idR als Oberbegriff verstanden, der alle Fälle des staatlichen Rückzugs (aus welchem Lebensbereich der Menschen auch immer) erfasst[328]. Darin inbegriffen sind zum Einen jene Fälle, in denen sich der Staat aus rechtlich normierten Staatsaufgaben in irgendeiner Art und Weise herausnimmt[329]. Darunter fallen aber zum Anderen auch jene Konstellationen, in denen neue Aufgaben (ausdrücklich) dem gesellschaftlichen Bereich überlassen werden, bei denen jedoch nach der Systematik bisheriger Staatsaufgaben zu erwarten gewesen wäre, dass sie in die Zuständigkeit des Staats fallen würden[330]. Durch diese beinahe

[325] Art 126b Abs 2 B-VG.

[326] Art 2 lit b RL 2006/111/EG, ABl L 318 vom 17/11/2006. Diese Richtlinie dient als Instrument zur wirkungsvollen Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Beihilfevorschriften und somit letztlich zur Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen; siehe dazu zB *Wimmer/Kahl*, Unternehmen 16 f, 67 f (allerdings zur bereits überholten Rechtslage).

[327] *Funk*, Problem 9, meint dagegen, dass eine solche Grenzziehung mit einer gewissen Willkür verbunden ist. Auch wenn dieser Einwand nicht ganz von der Hand zu weisen ist, so geht es hier doch um eine rechtswissenschaftliche Begriffsbildung, die sich möglichst am vorgegebenen Rechtsmaterial orientiert. Demgegenüber ist die Auffassung von *Funk* nicht nur aus einem rechtswissenschaftlichen, sonder vor allem auch aus einem verwaltungswissenschaftlichen Erkenntnisinteresse zu verstehen und in diesem seinem Verständnis auch begründet.

[328] *Prisching*, Entstaatlichung 36; *Baumgartner*, Ausgliederung 107; den Begriff der Entstaatlichung offenbar ebenfalls in dieser Weite und in einer Sammelfunktion verwendend *ÖJK* (Hg), Entstaatlichung – Gefahr für den Rechtsstaat? (2002). Gemeint sind damit vor allem jene staatlichen Verhaltensweisen, die zu einer verstärkten Bedeutung des Marktes führen und damit letztlich das freie Spiel der Kräfte fördern. Nach *Hofmann*, Konsequenzen 148, handelt es sich auch dann um Entstaatlichung, wenn unter dem Stichwort des *New Public Management* Aufgaben, die bisher in Hoheitsverwaltung zu erfüllen waren, zukünftig in Formen und mit Handlungsweisen des Privatrechts zu erfüllen sind; ebenso ausdrücklich *Kucsko-Stadlmayer*, Reduzierung 172 f, 193 ff.

[329] Verstanden als Entstaatlichung bei „alten" Staatsaufgaben; damit werden die Fälle der *Ausgliederung* und der *Privatisierung* erfasst; vgl *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 14 f.

[330] Verstanden als Entstaatlichung bei gesetzlich „neu formulierten" Aufgaben; vgl dazu zB *Baumgartner*, Ausgliederung 19, 61; *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 16 f, der solche neuen Aufgaben aber unter den Begriff der Ausgliederung subsumiert. Zur Frage der staatlichen Verantwortung und ihrer normativen Wirkung hinsichtlich solcher neu normierter Aufgaben siehe *Gramm*, Privatisierung 294 ff; vgl dazu auch *Raschauer*, Kontrolle 19 f; *Raschauer*, Verwaltungsaufgaben 230 f; *Funk*, Erosion 7.

unüberschaubare Sammelfunktion der so verstandenen Entstaatlichung, in die auch die beiden nachfolgend dargestellten Kategorien der *Ausgliederung* und der *Privatisierung* fallen, eignet er sich nicht für die rechtswissenschaftliche Diskussion einzelner konkreter Fragestellungen. Deshalb wird dieser Terminus auch hauptsächlich in politischen und damit wohl auch ideologisch aufgeladenen Grundlagendiskussionen herangezogen.[331]

2.5.4 Ausgliederung und Privatisierung

Gerade bei diesen beiden in der vorliegenden Thematik am häufigsten vorkommenden Begrifflichkeiten bestehen in der Literatur offenbar besondere Unklarheiten und Divergenzen. Die Bezeichnungen *Ausgliederung* und *Privatisierung* scheinen dabei einmal überhaupt synonym verwendet zu werden[332], dann wieder wird der eine Terminus als Überbegriff gegenüber dem anderen verstanden und umgekehrt[333]. Eine umfassende Darstellung aller in der Literatur anzutreffenden Bedeutungen dieser beiden Termini ist hier weder möglich noch beabsichtigt. Es sollen daher nur die von mir herangezogenen Verständnisweisen kurz dargestellt und in den Fußnoten auf die wichtigsten Stellungnahmen in der Literatur eingegangen werden. Auf die *Privatisierung* und ihre weitere Untergliederung wird schließlich näher einzugehen sein.

Mit *Ausgliederung* (oftmals auch als *formelle Privatisierung* oder *Organisationsprivatisierung* bezeichnet)[334] soll gemeint sein, wenn an der Erfüllung[335]

---

[331] Vgl dazu den Beitrag von *Prisching*, Entstaatlichung 19 ff; wohl ebenso *Raschauer*, Verwaltungsaufgaben 234 f.

[332] So zB ausdrücklich *Pircher*, Ausgliederungsmodelle 18; vgl auch den Hinweis bei *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 17.

[333] Siehe dazu *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 21 einerseits und FN 63 andererseits. Auf diese begriffliche Verwirrung weisen auch zB *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.047, hin; siehe zum Verhältnis von Ausgliederung und Privatisierung auch *Baumgartner*, Ausgliederung 127 ff.

[334] Siehe zu diesen alternativen Bezeichnungen mit kritischem Unterton *Prisching*, Entstaatlichung 41, der im Übrigen diese Entwicklung auch als das Ergebnis einer gescheiterten Verwaltungsreform sieht; ebenfalls kritisch zur Bezeichnung als *formelle Privatisierung Gramm*, Privatisierung 110, 416. Wenn man diese alternativen Begriffe gleichbedeutend mit „Ausgliederung" verwendet, so kann man konsequenter Weise „Privatisierung" nur als Oberbegriff verstehen, der auch Ausgliederungen erfasst. Dieses Verständnis wird aber in dieser Arbeit, wie sogleich dargelegt wird, nicht herangezogen. „Ausgliederung" und „Privatisierung" sollen daher zwei unterschiedliche Kategorien der „Entstaatlichung" sein.

[335] Die betreffenden Aufgaben bleiben in diesem Fall Staatsaufgaben; vgl *Potacs*, Unternehmen Rz 908.

von Aufgaben, die bisher vom Staat durch eigene Organe wahrgenommen wurden, nun auch „unechte“ Private oder juristische Personen des öffentlichen Rechts[336] beteiligt werden (zur Benennung dieser Fälle würde sich mE der Begriff „funktionelle Ausgliederung“ eignen) oder wenn die betreffenden Aufgaben überhaupt auf diese von den Gebietskörperschaften verschiedenen Rechtsträger übertragen werden[337] (diesbezüglich würde sich mE der Begriff „materielle Ausgliederung“ anbieten).[338] Ausdrücklich ausgenommen aus dem Begriff der *Ausgliederung* ist aber nach meinem Begriffsverständnis die Beteiligung „echter“ Privater, um dadurch eine klare Abgrenzung zur *Privatisierung* zu erzielen.[339]
Am häufigsten wurden bislang solche Ausgliederungen im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung[340] vorgenommen; es lassen sich aber auch Fälle von hoheitsrechtlichen Beleihungen finden.[341]

Unter dem Begriff der *Privatisierung* wird hier dagegen nur die mehr oder weniger weit gehende Beteiligung „echter“ Privater an der Erfüllung der betreffenden Staatsaufgaben behandelt sowie jene Fälle, in denen diese Aufgaben gänzlich in die gesellschaftliche

[336] Siehe dazu zB *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.003 ff; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 72 ff, 78 ff; *Funk*, Erosion 7; zu den die „sonstige“ (gemeint als nichtterritoriale) Selbstverwaltung regelnden Art 120a bis 120c B-VG siehe zB *Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft (Hg)*, Selbstverwaltung in Österreich (2009).
[337] Werden die betreffenden Aufgaben tatsächlich vom Staat auf andere Rechtsträger im hier gemeinten Sinn übertragen, dann hören sie auf, Staatsaufgaben zu sein.
[338] Die von mir im Haupttext vorgeschlagenen Bezeichnungen „funktionelle Ausgliederung“ und „materielle Ausgliederung“ sind - soweit ersichtlich - in der Literatur bislang nicht anzutreffen. Diese Begriffe empfehlen sich mE aber vor allem deshalb, weil sie den sogleich unten im Haupttext zu behandelnden Kategorien der „funktionellen Privatisierung“ (Punkt 2.5.5.2) und der „materiellen Privatisierung“ (Punkt 2.5.5.1) inhaltlich jeweils entsprechen.
[339] Vgl bereits *Ossenbühl*, VVDStRL 29, 145 f; *Pabel*, Ausgliederung 221; *Wimmer/Kahl*, Unternehmen 33; *Holoubek*, Konsequenzen 33 f; *Baumgartner*, Ausgliederung 65 f, 96; vgl dazu auch *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 89 ff. Ähnlich wie hier *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.047, und *Funk*, Erosion 6 ff, *Kucsko-Stadlmayer*, Reduzierung 173 ff, insb 176, die aber „Privatisierung“ als Überbegriff gegenüber der „Ausgliederung“ in Form privatrechtlicher Organisationen verwenden; vgl auch *Kühteubl*, Symposium 56 ff; anders *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 14, der den Begriff der „Ausgliederung“ weit versteht und darin auch die Beteiligung „echter“ Privater einbezieht; zur Mehrdeutigkeit des rechtswissenschaftlichen Begriffs der Ausgliederung, siehe *Baumgartner*, Ausgliederung 16 ff.
[340] Siehe insb *Wimmer/Kahl*, Unternehmen 69 ff.
[341] Siehe die Darstellung bisheriger Ausgliederungen zB bei *Funk*, AC-Erk 60; *Kucsko-Stadlmayer*, Reduzierung 175 ff; *Holzinger*, Organisation 174 ff.

Sphäre übertragen werden.[342] Hier gilt es auch, im Folgenden mit Blick auf den Gegenstand dieser Arbeit weiter zu differenzieren.

Anzumerken ist noch, dass Ausgliederungen und Privatisierungen jeweils nur als dynamische Vorgänge zu begreifen sind, und nicht als statische Zustände.[343] Es geht also immer nur um jenen Moment, in dem es zu einer der erwähnten Maßnahmen der Entstaatlichung kommt. Ist dieser Vorgang einmal abgeschlossen, so macht es keinen Sinn mehr, weiterhin von einer Ausgliederung bzw Privatisierung zu sprechen. Dies heißt natürlich aber umgekehrt nicht, dass mit Abschluss solcher Maßnahmen die Sache für den jeweiligen staatlichen Rechtsträger schon für alle Zeiten erledigt wäre; vielmehr können (und werden idR) solchen Formen der Entstaatlichung auch nach ihrer Vornahme entsprechende - schon verfassungsrechtlich indizierte - Pflichten mit sich bringen.[344] Diese sind allerdings nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit und werden daher auch nicht weiter erörtert.

Schließlich ist an gegebener Stelle hinsichtlich der verwendeten Begrifflichkeiten noch klarzustellen, dass die beiden Kategorien „funktionelle Privatisierung“ (siehe dazu sogleich Punkt 2.5.5.2) und „funktionelle Ausgliederung“ in dieser Arbeit vom übergeordneten Begriff der sogenannten „nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligung“ erfasst werden. Bei beiden geht es ja inhaltlich darum, dass zwar auch noch nach der Umsetzung der genannten Entstaatlichungen Staatsaufgaben erfüllt werden, dies dann allerdings nicht mehr durch unmittelbar staatliche Organe im organisatorischen Sinn, sondern eben (nur mehr) durch Organe im funktionellen Sinn. In eben diesem Zusammenhang wird im weiteren Verlauf der Arbeit dann noch herauszuarbeiten sein, dass - insb unter Bezugnahme auf die demokratische Legitimation der staatlichen Verwaltung - diese „nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligungen“ von dem von der

[342] Ähnlich *Holoubek*, Konsequenzen 34; anders *Funk*, Erosion 6 ff, und *Kucsko-Stadlmayer*, Reduzierung 173 ff, insb 176, die den Terminus *Privatisierung* offenbar als Oberbegriff verstehen, von dem auch die Fälle der *Ausgliederung* in privatrechtlichen Organisationsformen erfasst wird; vgl zum Begriff der Privatisierung weiters *Potacs*, Unternehmen Rz 911 mwN; *Baumgartner*, Ausgliederung 97 ff.

[343] *Baumgartner*, Ausgliederung 97; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 90 ff.

[344] Damit sind insb etwaige Pflichten zu nachfolgender Beobachtung und Korrektur festgestellter Abweichungen von vorgegebenen (insb gesamtwirtschaftlichen) Zielen zu verstehen; siehe dazu zB *Fleischmann*, Veräußerung 75 ff mwN, sowie Punkt 5.

Verfassung vorgegebenen Konzept der Art 20 Abs 1 B-VG iVm Art 77 Abs 1 B-VG abweichen und insoweit einer besonderen Rechtfertigung bedürfen.[345]

2.5.5 Typen der Privatisierung

2.5.5.1 Aufgabenprivatisierung

Bei der *Aufgabenprivatisierung* (auch *materielle Privatisierung* genannt) kommt es zu einer echten Verringerung von Staatsaufgaben. Die betreffenden (Teil-) Aufgaben werden also aus der staatlichen (Eigen-) Zuständigkeit herausgenommen und dem gesellschaftlichen Marktgeschehen anvertraut bzw verzichtet der Staat ganz auf die Erfüllung[346]. Derartige Aufgabenprivatisierungen bleiben aber nach den bisherigen Erfahrungen die seltene Ausnahme, da der einfache Gesetzgeber entweder unter völker-, gemeinschafts- oder verfassungsrechtlichen Bindungen steht und daher eine Aufgabenprivatisierung im jeweiligen Bereich schon aus diesem Grund rechtlich unzulässig wäre, oder weil nach Auffassung der jeweiligen Entscheidungsträger zumindest politische Erwägungen entgegenstehen.[347]

2.5.5.2 Funktionelle Privatisierung

Gegenüber der Aufgabenprivatisierung, bei der sich der Staat wie erwähnt der Aufgabe gänzlich begibt, bleibt bei der *funktionellen Privatisierung*[348] weiterhin der Staat für die

---

[345] Siehe dazu insb die Punkte 6.2 sowie 9.2.1.

[346] *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen 11 ff; *Kucsko-Stadlmayer*, Reduzierung 174; *Funk*, AC-Erk 60; *Funk*, Erosion 8; *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 19; *Weiß*, Privatisierung 29 ff; *Neisser*, Ausgliederungen 65; *Baumgartner*, Ausgliederung 100; *Gramm*, Privatisierung 107 f, 416 f; siehe auch *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.047, 46.051 und die dortigen Beispiele (diverse Bereiche der ehemals verstaatlichten Wirtschaft oder die mittlerweile abgeschaffte Pockenimpfpflicht); ebenso *Holzinger*, Organisation 173 f; *Raschauer*, Verwaltungsaufgaben 227 f; *Wimmer/Kahl*, Unternehmen 39.

[347] Ebenso *Baumgartner*, Ausgliederung 100 ff; *Funk*, Erosion 8; *Raschauer*, Verwaltungsaufgaben 228; *Stober*, Sicherheitsgewerberecht Rz 21.

[348] Vgl bereits *Ossenbühl*, VVDStRL 29, 147 f; *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen 13 ff; *Kucsko-Stadlmayer*, Reduzierung 178; *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 20; *Weiß*, Privatisierung 36 ff; *Neisser*, Ausgliederungen 65; *Baumgartner*, Ausgliederung 111 ff; *Fleischmann*, Veräußerung 78 f; *Thann*, Kraftfahrzeugzulassung 371; *Öhlinger*, Verkehrsüberwachung 145; *Gramm*, Privatisierung 108 ff, 417; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.047; *Holzinger*, Organisation 174; *Raschauer*, Verwaltungsaufgaben 227; Ausschuss I des Österreich-Konvents 7; *Potacs*, Unternehmen Rz 914, unterscheidet dagegen nicht zwischen einer Aufgabenprivatisierung und einer funktionellen Privatisierung; eine andere Begriffsbildung für die Diskussion in Deutschland wählt *Burgi*, Privatisierung

Erfüllung (eigen-) zuständig. Allerdings setzt er zur außenwirksamen Erledigung der betreffenden Aufgabe nicht (nur) eigene staatliche Organe[349] ein, sondern zieht (auch) „echte“ private Rechtssubjekte heran[350]. Werden im Zuge dieser funktionellen Privatisierung an die herangezogenen Privaten auch hoheitliche Befugnisse übertragen, liegt ein Fall der Beleihung vor[351]. Insofern handelt es sich also bei der Beleihung um keine eigene Unterart der Privatisierung[352], sondern um ein Instrument zur Durchführung einer funktionellen Privatisierung.

Bereits hier sei angemerkt, dass der Typ der funktionellen Privatisierung im Zentrum der weiteren Untersuchung stehen wird.

2.5.5.3 Vermögensprivatisierung und Finanzierungsprivatisierung

Zu erwähnen bleiben im Übrigen noch einerseits die *Vermögensprivatisierung*[353], die beim bloßen Verkauf von Staatseigentum an Private vorliegt, und anderseits die *Finanzierungsprivatisierung*[354], von der man dann spricht, wenn im Rahmen privater Finanzierungsmodelle nur die Aufbringung der Mittel für die Erfüllung der Staatsaufgabe an Private übertragen wird, die Aufgabe als solche aber beim Staat

---

Rz 7, 21; nicht ganz klar *Funk*, Erosion 8 f, der von „privater Ausführungsverantwortung“ spricht. Da es sich auch bei dem von ihm angeführten Beispiel der Sicherheitskontrolle auf Flughäfen nach der mittlerweile überholten Rechtslage des LSG 1992 zweifellos um eine Staatsaufgabe handelte (vgl nur die Haftungsbestimmung des § 7 Abs 1 LSG 1992; siehe auch *Ossenbühl*, VVDStRL 29, 155 ff; *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 141 f), kann letztlich doch nur der Staat gegenüber Dritten verantwortlich sein (ebenso aber auch schon *Funk*, AC-Erk 60).

[349] Also Organe im organisatorischen Sinn; siehe *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 97 ff.

[350] Also Organe im funktionellen Sinn; siehe *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 109, allerdings mit den Besonderheiten bei Rz 119 und Rz 120, wo keine selbständigen Organstellungen begründet wird.

[351] Siehe dazu unten Punkt 2.5.6.2.

[352] Ebenso ausdrücklich *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 21; anders allerdings *Wach*, Sicherheitsdienste 52, die in nicht ganz nachvollziehbarer Weise offenbar in einer „Beleihung“ und einer „funktionellen Privatisierung“ unterschiedliche Kategorien erblickt, ohne allerdings dafür eine Begründung zu liefern; vermutlich dürfte sie aber mit dem Begriff der „funktionellen Privatisierung“ das meinen, was hier als „Erfüllungshilfe“ (siehe dazu unten Punkt 2.5.6.3) bezeichnet wird.

[353] *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen 10 f; *Kucsko-Stadlmayer*, Reduzierung 174; *Funk*, AC-Erk 60; *Funk*, Erosion 9; *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 20; *Weiß*, Privatisierung 35 f; *Neisser*, Ausgliederungen 64; *Potacs*, Unternehmen Rz 912; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.047; *Raschauer*, Verwaltungsaufgaben 226; *Holzinger*, Organisation 174; *Wimmer/Kahl*, Unternehmen 39; *Baumgartner*, Ausgliederung 107 ff; *Fleischmann*, Veräußerung 79, 92 ff.

[354] *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen 16; *Kucsko-Stadlmayer*, Reduzierung 178 f; *Funk*, AC-Erk 60; *Funk*, Erosion 9; *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 20; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.047; *Holzinger*, Organisation 174; *Baumgartner*, Ausgliederung 116 ff; ausführlich *Fleischmann*, Veräußerung 80 ff.

verbleibt. Beide spielen beim Gegenstand dieser Arbeit aber keine weitere Rolle und werden daher nicht näher erörtert.

2.5.6 Typen der funktionellen Privatisierung in der Hoheitsverwaltung

2.5.6.1 Allgemeines

Wesentlich für die im Folgenden darzustellenden Typen der - außenwirksamen - Beteiligung Privater an der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben ist der Umstand, dass es sich eben noch immer um die Erfüllung von Staatsaufgaben handelt. Es liegen deshalb in allen diesen Fällen keine Aufgabenprivatisierungen, sondern „bloß" funktionelle Privatisierungen vor.
Im Übrigen bleibt zu erwähnen, dass hier nur die Kategorie der hoheitlich zu erfüllenden Verwaltungsaufgaben in den Blick zu nehmen ist[355].

In dieser Untersuchung soll gezeigt werden, welche Möglichkeiten der Beteiligung Privater an der Erfüllung von Aufgaben der allgemeinen Sicherheitspolizei (und damit an hoheitlich zu besorgenden Verwaltungsaufgaben) verfassungsrechtlich zulässig sind. Es ergibt sich nun die Notwendigkeit, die Darstellung der Typen der funktionellen Privatisierung entsprechend dem Ziel dieser Untersuchung sinnvoll zu gliedern. Als relevante Determinanten sind hier einerseits die Nähe der Privaten zu der tatsächlichen Verwirklichung der jeweiligen Hoheitsakte[356] und andererseits der den Privaten dabei

[355] Zu etwaigen Beteiligungen Privater an privatwirtschaftlich zu erfüllenden Aufgaben der Gebietskörperschaften lässt sich ganz allgemein sagen, dass in derartigen Fällen private Rechtsträger in privatrechtlichen Formen, insb durch Bevollmächtigung, herangezogen werden. Die Privaten werden also nicht zu (organisatorischen oder funktionellen) Organen der Gebietskörperschaften; siehe dazu zB *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.040; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 117. Im Übrigen kann im Rahmen dieser Arbeit diese Art der Beteiligung Privater ohne Bedenken unerörtert bleiben, da es sich bei den in der vorliegenden Untersuchung relevanten Aufgaben der allgemeinen Sicherheitspolizei um „klassische" hoheitlich zu besorgende Verwaltungsaufgaben handelt.
[356] Also ob die Privaten den Hoheitsakt tatsächlich selbst setzen, oder ob sie dabei nur eine unterstützende oder vorbereitende Rolle spielen.

jeweils zugestandene Entscheidungs- und Beurteilungsspielraum zur Setzung dieser Akte zu beachten.[357]

Unter Hoheitsakten der Verwaltung sollen entsprechend den Rechtsschutzregelungen des B-VG[358] sowohl Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ) und Bescheide als individuell-konkrete Hoheitsakte[359], als auch Verordnungen als generell-abstrakte Hoheitsakte verstanden werden[360]. Für eine nähere Beschreibung der dogmatischen Merkmale der genannten Hoheitsakte darf auf die in den Fußnoten angeführte Literatur verwiesen werden. Herauszustreichen ist an dieser Stelle insb nur die notwendige (relative) Verfahrensfreiheit der AuvBZ gegenüber Bescheiden zur Bewältigung entsprechend akuter Gefahrensituationen. Orientiert an den Aufgaben der allgemeinen Sicherheitspolizei als hauptsächlich befehls- und zwangsbewehrte Gefahrenabwehr kann bereits an dieser Stelle gesagt werden, dass insb die AuvBZ im Fokus der weiteren Erörterungen dieser Untersuchung stehen werden.[361]

Die Heranziehung von Privaten zur Durchführung von Tätigkeiten, die als Erfüllung von Staatsaufgaben anzusehen sind, ist grundsätzlich entweder durch selbständigen Hoheitsakt oder durch vertragliche Beauftragung möglich. In beiden Fällen ist eine gesetzliche Grundlage für die Heranziehung des Privaten erforderlich.[362]

---

[357] Die im Folgenden herangezogene Gliederung bezieht sich auf die Darstellung bei *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 118 ff; für die Diskussion in Deutschland, siehe zB *Stober*, Sicherheitsinfrastruktur 80 ff.

[358] Art 129 ff B-VG.

[359] Siehe zu diesen beiden Erscheinungsformen des Verwaltungsakts im engeren Sinn zB *Funk*, Verwaltungshandeln 157 ff; *Funk*, Individueller Verwaltungsakt 189 ff, insb 191 ff; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 814 ff, 955 ff.

[360] Weitergehend *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.040, die neben den genannten Hoheitsakten gesondert auch Beurkundungen und Leistungsbeurteilungen als Hoheitsakte anführen; siehe zu den beiden letztgenannten Erscheinungsformen von Verwaltungsakten auch *Funk*, Verwaltungshandeln 168 ff.

[361] Zum Zusammenhang der Materie „Polizei“ mit den sogenannten (relativ) verfahrensfreien Verwaltungsakten siehe insb *Funk*, Verwaltungsakt 217 ff.

[362] Für die Heranziehung Privater mittels Hoheitsakt versteht sich das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage aufgrund von Art 18 Abs 1 B-VG von selbst; hinsichtlich der sich daraus ergebenden grundrechtlichen Problematik siehe oben Punkt 2.6. Aber auch die vertragliche Beauftragung Privater mit der Erfüllung von Staatsaufgaben bedarf der gesetzlichen Deckung, soweit sich solche Vertragverhältnisse auf die Hoheitsverwaltung beziehen und daher selbst Hoheitsverwaltung darstellen; zu solchen als verwaltungsrechtliche Verträge bezeichneten Vereinbarungen siehe insb *Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005).

2.5.6.2 Beleihung

Eine Beleihung liegt dann vor, wenn ein privater Rechtsträger[363] damit betraut wird, in eigener Entscheidungskompetenz[364] einen verwaltungsrechtlichen Hoheitsakt - also einen Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ), einen Bescheid oder eine Verordnung - zu erlassen.[365]

Hier ist der Entscheidungsspielraum für die solcherart Ermächtigten insofern am größten, als sie nicht bloß auf Weisung eines Organs im organisatorischen Sinn tätig werden, sondern aufgrund eines eigenen Entschlusses im Rahmen der jeweiligen Ermächtigung. Überhaupt ist das Vorliegen eines Weisungszusammenhanges zu Organen im organisatorischen Sinn zur Qualifizierung einer Beteiligung Privater an der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben als Beleihung nicht ausschlaggebend, da es ausschließlich auf das Vorliegen der eigenen Entscheidungskompetenz zur Setzung von Hoheitsakten ankommt[366]. Das Fehlen eines entsprechenden Weisungszusammenhanges kann aber die konkrete Beleihung verfassungswidrig machen[367]. Außerdem wird hier definitionsgemäß der jeweilige Akt von den Ermächtigten unmittelbar selbst angeordnet bzw gesetzt. Ihre Tätigkeit erschöpft sich hier also nicht in bloß vorbereitenden oder unterstützenden Handlungen.

Insofern lässt sich bereits an dieser Stelle sagen, dass es sich bei der Beleihung um den am weitest gehenden Fall der Beteiligung Privater an der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben handelt.

---

[363] Nach *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.040, wird nunmehr aber auch die Besorgung von Hoheitsaufgaben durch (ausgegliederte) juristische Personen des öffentlichen Rechts vom Begriff der Beleihung erfasst; ebenso *Holoubek*, Konsequenzen 34; *Baumgartner*, Zivildienstverwaltung 74 f mwN in FN 16 ff; vgl auch VfSlg 16.400/2001; anders *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 117.

[364] Vgl zur Vorzugswürdigkeit der Formulierung „in eigener Entscheidungskompetenz" gegenüber „im eigenen Namen" zB *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 129, 131 f; *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht 328. Für den Begriff der Beleihung soll es nämlich ausschlaggebend sein, wem der Willensentschluss zur Setzung eines Hoheitsaktes zuzurechnen ist, ebenso *Funk*, Verwaltungsakt 133 ff, und zuletzt *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.040. Die Formulierung „im eigenen Namen" dagegen bevorzugend *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht 369; *Koja*, Erfüllung 442, *Schäffer*, Erfüllung 58.

[365] *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 123; *Holzinger*, Organisation 170; *Baumgartner*, Ausgliederung 249 f; *Kucsko-Stadlmayer*, Reduzierung 188 f; siehe weiters *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.040, wobei die letztgenannten Autoren Beurkundungen und Leistungsbeurteilungen gesondert als Hoheitsakte anführen.

[366] *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.040.

[367] zB VfSlg 14.473/1996; VfSlg 16.400/2001.

2.5.6.3 Erfüllungshilfe

Bei der Erfüllungshilfe werden die Privaten nur dazu herangezogen, entweder einen bereits von Organen im organisatorischen Sinn erlassenen Hoheitsakt durch (gewisser Maßen unselbständige) Teilakte tatsächlich zu vollziehen[368] oder auf Anordnung eines Organs im organisatorischen Sinn einen solchen Teilakt im Rahmen der Erlassung des Hoheitsaktes zu setzen[369]. Der Private handelt hier also nicht aufgrund eines eigenen Willensentschlusses, sondern quasi nur „fremdbestimmt" durch die jeweilige Behörde.[370] Allerdings ist in diesem Zusammenhang mE auch besonders auf den Umstand hinzuweisen, dass das Tätigwerden des Privaten auf Anordnung der Behörde nicht in allen Details vorherbestimmt sein kann.[371] Es verbleibt daher auch in diesen Fällen den herangezogenen Privaten ein gewisser Handlungsspielraum, auch wenn dieser im Vergleich zur Beleihung deutlich kleiner ausfällt.[372]

Auch hier wird das Handeln des herangezogenen Privaten als staatliche Verwaltung qualifiziert[373]. Im Gegensatz zur Beleihung erlangt der Private aber mangels Entscheidungskompetenz bei der Setzung des jeweiligen Hoheitsaktes keine selbständige „echte" bzw „volle" Organstellung (sondern allenfalls nur die Stellung eines funktionellen Hilfsorgans).[374]

---

[368] ZB private Verwaltungsvollstreckungshelfer gemäß VVG, die zur Durchführung einer Ersatzvornahme herangezogen werden, um den vom „eigentlich" Verpflichteten zu erbringenden Zustand nach Ablauf der jeweiligen Leistungsfrist herzustellen; vgl dazu auch *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 139 f.

[369] ZB die Heranziehung eines privaten Abschleppdienstes zur Entfernung eines vorschriftswidrig abgestellten Fahrzeugs gemäß § 89a Abs 2 StVO, da erst mit der tatsächlichen Abschleppung der AuvBZ gesetzt wird; so insb *Funk*, Verwaltungsakt 136.

[370] Siehe *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht 328; *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 133 ff; vgl auch *Pürstl*, Radarüberwachung 71 ff; *Riccabona-Zecha*, Geschwindigkeitsmessungen 33 ff.

[371] Ebenso *Funk*, Verwaltungsakt 135 ff; *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 132 FN 565, 133 FN 567.

[372] Es handelt sich daher bei der hier gemeinten Heranziehung Privater zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben nicht um eine bloß innerorganisatorische Maßnahme, da das Handeln dieser Privaten wohl sehr weit, aber eben nicht schon absolut von Seiten der Behörde determiniert bzw determinierbar ist; siehe dazu VfSlg 8844/1980 sowie *Funk*, Aspekte 20; *Funk*, Verwaltungsakt 135 ff; *Lachmayer*, Polizeihandeln 422; *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 133 FN 567, der richtigerweise darauf hinweist, dass zwischen den Typen „Beleihung" und „Erfüllungshilfe" aufgrund des stets verbleibenden Handlungs- und Entscheidungsspielraums nur ein gradueller Unterschied besteht.

[373] Siehe dazu *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 49.003, 49.009, 50.056, sowie die Nachweise bei *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung FN 574, 575.

[374] *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht 328; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 119.

2.5.6.4 Verwaltungsassistenz

Bei der Verwaltungsassistenz geht es schließlich um jene Fälle, in denen Private idR aufgrund eines eigenen Willensentschlusses Handlungen setzen, die zwar insofern einerseits über den bloß fremdbestimmten Vollzug einzelner behördlicher Anordnungen hinausgehen, die aber andererseits selbst keine unmittelbaren Hoheitsakte darstellen, sondern bloß (aber immerhin) in einem so engen funktionalen Zusammenhang zur hoheitlichen Verwaltung stehen, dass auch diese Handlungen als staatliche Hoheitsverwaltung zu qualifizieren sind[375]. Wird ein solches Verhalten von Organen im organisatorischen Sinn gesetzt, so spricht die hL[376] von einem so genannten schlicht-hoheitlichen Verhalten[377].

Auch hier erlangt der Private mangels Entscheidungskompetenz zur Setzung eines Hoheitsaktes keine selbständige „volle" Organstellung (sondern wieder nur allenfalls die Stellung eines funktionellen Hilfsorgans).[378]

2.6 Grundrechtliche Grenzen funktioneller Privatisierungen

Wie bereits im vorhergehenden Punkt erwähnt, stellt das von Privaten im Zuge ihrer Beteiligung im oben gemeinten Sinn gesetzte Verhalten ebenfalls staatliche Verwaltung dar.[379] Daher sind in diesem Umfang auch die zur Erfüllung der Hoheitsaufgaben

---

[375] Siehe *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 140 und die Beispiele bei Seite 142 ff, insb der immer wieder zitierte Regierungskommissär im Wirtschaftsaufsichtsrecht; vgl auch *Weichselbaum*, Berufsbeamtentum 52 f. Eine Darstellung der allgemeinen Voraussetzungen für den geforderten engen Zusammenhang zur hoheitlichen Verwaltung fällt besonders schwierig und wird wohl immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet bleiben; siehe *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung FN 607 und seine Ausführungen zu den bisherigen derartigen Versuchen. Es ist daher die Forderung an den Gesetzgeber zu richten, ausdrücklich klarzustellen, ob er die etwaig in der hier erörterten Art und Weise beigezogenen Privaten als funktionelle Organe verstanden wissen will oder nicht und ob daher staatliche Verwaltung vorliegt oder nicht. Insb für die Geltung der Grundrechte und des Amtshaftungsrechts ist diese Frage ja von besonderer Bedeutung.

[376] Statt vieler zB *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 699 ff; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 49.014.

[377] ZB die Steifenfahrt von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes, bei der aber (vorerst) keine unmittelbaren Hoheitsakte gesetzt werden, solche aber jederzeit möglich sind; ebenso *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 707.

[378] *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 120.

[379] Siehe nur *Rill*, Verwaltungsbegriff 48 ff; *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 2 Rz 26.020; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 42 ff; *Korinek*, Bedingungen 46.

herangezogenen Privaten gegenüber den von ihnen „beamtshandelten" Dritten unbeschränkt an die Grundrechte gebunden und können diese Dritten in vollem Umfang das öffentlich-rechtliche Rechtsschutzinstrumentarium in Anspruch nehmen.[380] Zumindest aus der materiell-rechtsstaatlichen Notwendigkeit der Gewährleistung umfassender Grundrechtsschutzmöglichkeiten lassen sich also keine Grenzen erkennen, die einer Beteiligung Privater an der Erfüllung hoheitlicher Staatsaufgaben entgegenstehen würden.[381]

Ebenso ist es aus der rechtlichen Sicht dieser Drittbeteiligten unerheblich, ob die an der Erfüllung von Staatsaufgaben beteiligten Privaten im Einvernehmen mit der Gebietskörperschaft[382], deren Verwaltungsaufgabe durch die Privaten erfüllt werden soll, herangezogen werden oder ob ein solches Einvernehmen fehlt.[383] Gänzlich anderes stellt sich dies allerdings aus der Sicht der beteiligten Privaten dar. Für sie macht es im Gegensatz zu Drittbeteiligten sehr wohl einen (bedeutenden) Unterschied, ob sie entweder einvernehmlich oder zwangsweise herangezogen werden. Dies soll nun näher beleuchtet werden.

Zunächst einmal zur Variante der Heranziehung der Privaten durch einseitig-heteronomen Hoheitsakt.[384] Da es in diesen Fällen definitionsgemäß auf das Einverständnis der jeweils in Betracht kommenden Privaten nicht ankommt, wird ein klassisches öffentlich-rechtliches Problemfeld betreten. Die Schranken ergeben sich hierbei aus diversen grundrechtlichen Abwehransprüchen,[385] insb dem Verbot der

[380] Siehe nur *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 47, 635; *Pabel*, Ausgliederung 229; *Holoubek*, Konsequenzen 40; *Kostelka*, Rechtsschutz 253 f.
[381] Ebenso ausdrücklich *Kostelka*, Rechtsschutz 254; *Pabel*, Ausgliederung 229. Damit ist aber eben nur die Frage des Rechtsschutzes gegenüber Drittbeteiligten angesprochen. Inwiefern grundrechtliche Erwägungen die Interpretation organisationsrechtlicher Bestimmungen der Verfassung beeinflussen können, wird im 2. Teil die Untersuchung erörtert.
[382] Gemäß Art 2 Abs 1 und 2 B-VG sowie Art 116 Abs 1 B-VG können dies nur der Bund, die Länder und die Gemeinden sein.
[383] Siehe zu diesen Fragen allgemein *Hauer*, Unternehmen 481 ff.
[384] So zB § 129 Abs 8 Wr BauO; § 5 LSG in Bezug auf Zivilflugplatzhalter (siehe dazu auch unten Punkt 12.1.2); siehe auch ganz allgemein *Ossenbühl*, VVDStRL 29, 175; *Baumgartner*, Ausgliederung 115 f; die Lehre spricht hier idR von einer sogenannten „Inpflichtnahme", siehe zB *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht 328; *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht 401.
[385] Siehe dazu schon *Schäffer*, Erfüllung 74 ff.

Zwangs- oder Pflichtarbeit,[386] der Erwerbsfreiheit[387] und der Eigentumsfreiheit[388], sowie ganz allgemein aus dem Gleichheitssatz.[389]

Hinsichtlich des Verbots von Zwangs- oder Pflichtarbeit sind die per Hoheitsakt aufgetragenen Tätigkeiten dann nicht grundrechtswidrig, wenn die jeweilige höchstpersönliche[390] Arbeit oder Dienstleistung (geistig oder körperlich) entweder freiwillig übernommen wurde oder nicht ungerecht oder unterdrückend ist.[391] Da dieses Grundrecht nicht unter Gesetzesvorbehalt steht, wird bereits auf Tatbestandsebene geprüft, ob die mit der Dienstleistung verbundenen Belastungen in einem angemessenen Verhältnis zu den daraus erwartbaren Vorteilen stehen.[392] Keinesfalls darf die aufgetragene Dienstleistung aber einen Eingriff in Art 3 EMKR darstellen. Ein solcher ist jedenfalls und ausnahmslos verboten, wobei allerdings auch hier wieder Verhältnismäßigkeitsüberlegungen ins Spiel kommen können.[393]

Was nun die speziell mit solchen angeordneten Tätigkeiten bewirkte Bindung unternehmerischer Ressourcen und der durch verursachten wirtschaftliche Belastungen betrifft, ist im Übrigen auch die grundrechtlich verbürgte Eigentumsfreiheit zu berücksichtigen. Die durch die in Frage stehenden Maßnahmen verursachten Kosten dürfen keine ungerechtfertigten Sonderopfer für die Verpflichteten darstellen und können daher auch unter Umständen Entschädigungsansprüche begründen.[394]

---

[386] Art 4 Abs 2 EMRK; siehe in diesem Zusammenhang auch Art 7 StGG, dem allerdings nach der hL nur mehr historische Bedeutung zukommt.
[387] Art 6 StGG.
[388] Art 1 des 1. ZPEMRK, Art 5 StGG.
[389] Art 2 StGG, Art 7 B-VG
[390] Nur diese sind bei der Beurteilung gemäß Art 4 Abs 2 EMRK relevant. Nicht erfasst wird deshalb zB die (allgemeine) Pflicht, den Gehsteig von Schnee zu säubern (VfSlg 7826/1976).
[391] So wurden vom VfGH beispielsweise als grundrechtskonform angesehen: Mitwirkung des Arbeitgebers an der Erhebung der Lohnsteuer (VfSlg 6425/1971), die Pflicht eines Rechtsanwalts zur „mittlerweiligen Stellvertretung“ (VfSlg 16807/2003); vgl dazu insgesamt *Grabenwarter*, EMRK § 20 Rz 40 f; *Berka*, Grundrechte Rz 450 ff.
[392] *Grabenwarter*, EMRK § 20 Rz 40.
[393] ZB *Kneihs*, Leib und Leben Rz 44; *Burger*, Menschenwürde 108 ff und die dortigen Nachweise.
[394] Vgl zB *Berka*, Grundrechte Rz 722 ff; *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 3 Rz 42.235; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 1486; *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 879 f; vgl auch die Beispiele bei *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 1364 ff, über einfachgesetzliche Ausgleichsansprüche zur Erzielung der Zumutbarkeit öffentlich-rechtlicher Pflichten und ganz allgemein Rz 650 über die Zumutbarkeit öffentlicher Lasten.

Wenn man ganz konkret auf den Gegenstand dieser Arbeit Bezug nimmt, so wird es im Übrigen aus der Sicht der von der gegenständlichen Thematik am ehesten betroffenen privaten Sicherheitsdienste wohl einen Unterschied machen, ob allenfalls hoheitlich angeordneten Tätigkeiten nur von neu in den Markt eintretenden Sicherheitsdiensten wahrzunehmen sind oder darüber hinaus auch von den „alteingesessenen" Unternehmen, da ja letztgenannte mit derartigen Belastungen nicht zu rechnen brauchten. Insoweit spielt also auch die Thematik des Vertrauensschutzes eine Rolle.[395]

Bezüglich des Grundrechts auf Erwerbsfreiheit wird sich eine einseitig durch den Staat aufgetragene Beteiligungspflicht an der Erfüllung staatlicher Sicherheitsaufgaben für professionelle private Sicherheitsdienstleister wohl auch als Erwerbsausübungsschranke darstellen. Obwohl Art 6 StGG nur einen formalen Gesetzesvorbehalt enthält, müssen nach der jüngeren Judikatur des VfGH auch solche Erwerbsausübungsschranken dem Verhältnismäßigkeitsgebot entsprechen.[396] Darüber hinaus ist Art 6 StGG nur als Staatsbürgerrecht konzipiert, der allerdings unter Beachtung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben als Unionsbürgerrecht zu verstehen sein wird.[397]

Ganz allgemein leuchten hinter all diesen Überlegungen der Gleichheitssatz und das aus ihm abgeleitete Verhältnismäßigkeitsgebot durch, das bei den in diesem Zusammenhang allenfalls betroffenen Grundrechten entweder bereits auf Tatbestandsebene oder erst im Rahmen des Gesetzesvorbehalts schlagend wird. Im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung liegt das Schwergewicht idR bei der Frage, ob als letzter Schritt dieser Prüfung[398] in einer gesamthaften Betrachtung die in Frage stehende Maßnahmen gegenüber dem Belasteten noch zumutbar sind oder nicht.

---

[395] Sowohl in § 9 Abs 1 GOG als auch in § 6 Abs 1 LSG ist nur die vertragliche Heranziehung von privaten Sicherheitsdiensten vorgesehen. Der Fall der einseitig-hoheitlichen Heranziehung privater Sicherheitsdienste stellt sich daher bislang nur als theoretische Frage. Zur Thematik des Vertrauensschutzes siehe im Übrigen zB *Thienel*, Vertrauensschutz und Verfassungsrecht (1990); *Holoubek*, Interpretation 77 ff; *Holoubek*, Vertrauensschutz 795 ff; Holoubek (Hg), Vertrauensschutz im Abgabenrecht (2004); *Pöschl*, Gleichheit 820 ff.

[396] Anders als bei (objektiven) Berufsantrittsschranken gesteht der VfGH dem einfachen Gesetzgeber bei Berufsausübungsschranken einen weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum zu; vgl *Berka*, Grundrechte Rz 745 ff; siehe ausführlich zu Art 6 StGG insb *Grabenwarter*, Erwerbsbetätigung 553 ff.

[397] *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 702.

[398] Vgl zur Verhältnismäßigkeitsprüfung zB *Berka*, Grundrechte Rz 266 ff.

Die Zumutbarkeit kann hierbei insb auch durch (finanzielle) Abgeltungen oder Unterstützungen erzielt werden.[399]

Ob nun durch etwaige hoheitlich angeordnete private Erfüllungsbeteiligungen diesen grundrechtlichen Vorgaben entsprochen wird oder nicht, kann ohne Kenntnis der dadurch hervorgerufenen konkreten Belastungen und allfällig zu erwartender oder bereits bewirkter Vorteile nicht beantwortet werden. Um diese mit hinreichender Genauigkeit zu erheben, bedarf es umfangreicher empirischer Forschungen, die im Rahmen dieser Untersuchung nicht geleistet werden können und auch gar nicht geleitstet werden sollen. Es war an dieser Stelle lediglich beabsichtigt, ganz allgemein auf die hier angerissene und stets mit zu bedenkende Problematik hinzuweisen.

Die sich bei einseitig-hoheitlich angeordneten Erfüllungsbeteiligungen stellenden Probleme können nun dadurch vermieden werden, indem die Heranziehung der gesellschaftlichen Kräfte (insb der privaten Sicherheitsdienste) zur Erfüllung von Staatsaufgaben entweder auf Basis einer Vereinbarung[400] zwischen dem staatlichen Rechtsträger und dem „Beteiligungswilligen" erfolgt oder indem die Heranziehung dieses „Beteiligungswilligen" an dessen Antrag[401] gebunden wird; in beiden Fällen kann ja dann die ins Auge gefasste Beteiligung naturgemäß nicht ohne Zustimmung der Privaten vorgenommen werden.[402] Ganz allgemein ist der Staat aber auch in diesen

[399] Vgl dazu die Beispiele bei *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 1364 ff.

[400] Vgl zB § 6 LSG; § 9 GOG. Zur Dogmatik solcher Vereinbarungen siehe ganz allgemein zB *Krebs*, VVDStRL 52, 250 ff; *Hengstschläger*, VVDStRL 52, 298 ff; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 1216 ff; sehr ausführlich und umfassend *Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005). Erfolgen solche Vereinbarungen im Bereich der Hoheitsverwaltung, so liegt ein sogenannter verwaltungsrechtlicher bzw öffentlich-rechtlicher Vertrag vor, dessen verfassungsrechtliche Zulässigkeit trotz eines richtungsweisenden Erkenntnisses des VfGH (VfSlg 9226/1981) bis dato nicht restlos geklärt ist; siehe dazu auch den Bericht des Österreich-Konvents (31.01.2005), 254 ff. Jedenfalls ist für verwaltungsrechtliche Verträge gemäß Art 18 Abs 1 B-VG eine gesetzliche Grundlage erforderlich, die sowohl den Abschluss als auch eine ausreichende inhaltliche Determinierung des Vertrages betreffen muss; vgl dazu nur *Eberhard*, Vertrag 300 ff. Die bei *Christ*, Zivildienst-Erk 309, geäußerten Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit einer vertraglichen Betrauung durch privatrechtliche Verträge gehen dagegen bedenklicher Weise auf die Möglichkeit öffentlich-rechtlicher Verträge von vorn herein gar nicht ein.

[401] Vgl zB § 40a KfG.

[402] Der wesentliche Unterschied zwischen der vertraglichen und der antragsgebundenen Lösung besteht darin, dass im Falle eines Vertrages die Zustimmung aller Vertragspartner für das Zustandekommen des Vertrages erforderlich ist und daher bei Fehlen dieser allseitigen Zustimmung von vorn herein kein Vertrag und damit auch keine Rechte und Pflichten entstanden sind. Dagegen entsteht im Falle eines antragsgebundenen Verwaltungsakts dieser Akt (und die aus ihm entspringenden Pflichten) auch ohne vorliegenden Antrag; ein solcher rechtswidriger (aber dennoch existenter) Verwaltungsakt muss daher im Rechtsmittelweg bekämpft werden; vgl *Hengstschläger*, VVDStRL 52, 302 f; *Eberhard*, Vertrag 32 ff.

Fällen unbeschränkt an die Grundrechte gebunden[403], wobei hier vor allem das Sachlichkeitsgebot zu beachten ist. In Entsprechung dieses Sachlichkeitsgebots sind bei einer vertraglichen Heranziehung insb die Vorgaben des Vergaberechts zu beachten, um Wettbewerbsverzerrungen gegenüber anderen Interessenten zu vermeiden.[404]

Abschließend sei im gegebenen Zusammenhang noch ein letzter Aspekt kurz beleuchtet. Dieser betrifft die Frage, ob bzw inwieweit der Staat im Falle einer tatsächlich verwirklichten Beteiligung Privater an der Staatsverwaltung diese wieder rückgängig machen darf.

Dazu ist zunächst zu bemerken, dass eine solche Beteiligung Privater aus organisationsrechtlichen Gesichtspunkten ohnehin die Ausnahme darstellt.[405] Insofern erscheint daher eine solche (einfachgesetzliche) Rückführung der Erfüllung staatlicher Aufgaben in den unmittelbar staatlichen Bereich vielmehr als „Begradigung" denn als ein Problem.

Allerdings kann von dem an dieser Stelle interessierenden grundrechtlichen Standpunkt aus gesehen wieder der Grundsatz des Vertrauensschutzes als Schranke für den einfachen Gesetzgeber fruchtbar gemacht werden. Realistischer Weise ist ja davon auszugehen, dass im Zuge der hier gemeinten Beteiligungen von den Privaten entsprechende wirtschaftliche Investitionen getätigt wurden. Wenn nun durch die einseitige Beendigung einer hier gemeinten Beteiligung durch den Staat diese Investitionen (auch nur zum Teil) frustriert werden, so wird wohl auch in dieser Variante an einen entsprechenden vermögensrechtlichen Kompensationsanspruch zugunsten des Privaten zu denken sein.[406]

Aber wie schon bei den grundrechtlichen Erwägungen zur Begründung einer Beteilung Privater an der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben kann auch die Frage nach der grundrechtlichen Zulässigkeit der Beendigung einer solchen Beteiligung ohne Kenntnis der dadurch konkret hervorgerufenen Nachteile, allfällig vorhandener Möglichkeiten

[403] Im Fall der Vereinbarung kommt es nicht darauf an, ob das Vertragsverhältnis als öffentlich-rechtliches oder privatrechtliches zu qualifizieren ist; vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 629 ff; *Korinek/Holoubek*, Privatwirtschaftsverwaltung 146 ff; *Holoubek*, Konsequenzen 39; *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 737 ff; zur Abgrenzung privatrechtlicher von öffentlich-rechtlichen Verträgen siehe *Eberhard*, Vertrag 25 f, 124 ff.

[404] Vgl zum Vergaberecht zB *Bachmann*, Vergaberecht 331 ff; *Korinek/Denk*, Vergaberecht Rz 701 ff; *Schwartz*, PPP und Vergaberecht, ecolex 2005, 14 ff.

[405] Siehe insb Punkt 6.2.

[406] Dazu insb *Pöschl*, Gleichheit 847 ff.

zur anderweitigen Nutzung bereits getätigter Investitionen sowie der Gesamtheit aller übrigen die konkrete Situation gestaltenden Umstände an dieser Stelle nicht abschließend beantwortet werden.

2.7 Exkurs: Rechtliche Grundlagen des privaten Sicherheitsgewerbes

Wenn es um die Beteiligung Privater an der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben geht, dann ist wohl in erster Linie einmal an das private Sicherheitsgewerbe zu denken. Auch wenn es nicht unmittelbar für die Beantwortung der Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Beteiligung von Relevanz ist, so erscheint es doch angezeigt, zumindest im Rahmen eines Exkurses die gewerberechtlichen Grundlagen und die Befugnisse dieses Gewerbes kurz zu skizzieren.[407] Für detaillierte Darstellungen darf an dieser Stelle aber auf die einschlägige Literatur verwiesen werden.[408]

2.7.1 Gewerberechtliche Grundlagen

Das *Sicherheitsgewerbe* (§ 94 Z 62 GewO) besteht aus dem Gewerbe der *Berufsdetektive* (§ 129 Abs 1 bis 3 GewO) und aus dem *Bewachungsgewerbe* (§ 129 Abs 4 bis 6 GewO). In § 130 GewO werden die Rechte und Pflichten des Sicherheitsgewerbes geregelt. Besondere, über die ohnehin jedem Rechtsunterworfenen zustehenden hinausgehenden Befugnisse zu Eingriffen in (grund-) rechtlich geschützte Bereiche Dritter ergeben sich daraus aber nicht.

Gemäß § 129 Abs 1 GewO sind den *Berufsdetektiven* insb folgende Tätigkeiten vorbehalten: Erteilung von Auskünften aus Privatverhältnissen, Beschaffung von

[407] Neben den gewerberechtlichen Bestimmung sind für das Sicherheitsgewerbe noch eine Reihe weiterer rechtlicher Regelungen zu beachten, wie insb strafrechtliche, strafprozessuale und waffenrechtliche Bestimmungen; *Stober*, Sicherheitsgewerberecht Rz 1 f, bezeichnet daher zutreffend das Sicherheitsgewerberecht als eine „interdisziplinäre Materie".

[408] Einführend zB *Feik*, Gewerberecht 153 ff; ausführlich zB die Kommentierung von *Gruber/Paliege-Barfuß*, Gewerbeordnung; für eine Darstellung der Befugnisse, siehe zB *Faber*, Wachdienste 859 ff.

Beweisen, Erhebungen über strafbare Handlungen, Schutz von Personen sowie die Beobachtung der Treue von Arbeitnehmern und die Beobachtung von Kunden in Geschäftslokalen. Weiters obliegen den Berufdetektiven die Erhebungen über strafbare Handlungen sowie die Ausforschung bestimmter Personen. Behördliche Untersuchungshandlungen dürfen bei den beiden zuletzt genannten Tätigkeiten allerdings nicht beeinträchtigt werden; den diesbezüglichen Anordnungen der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ist hierbei unverzüglich Folge zu leisten (§ 130 Abs 4 GewO).

Nach § 129 Abs 4 GewO sind dem *Bewachungsgewerbe* insb die Bewachung von Betrieben, Gebäuden, Anlagen, Baustellen, Grundstücken und von beweglichen Sachen sowie der Betrieb von Notrufzentralen vorbehalten.[409]

Gemäß § 5 Abs 2 iVm 94 Z 62 GewO handelt es sich beim Sicherheitsgewerbe nicht um ein freies, sondern um ein so genanntes *reglementiertes Gewerbe*. Dies bedeutet, dass der Bewerber gemäß § 16 Abs 1 und 2 GewO einen *Befähigungsnachweis* darüber zu erbringen hat, dass er sowohl die fachlichen als auch die kaufmännischen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrung besitzt, um die beabsichtigte Tätigkeit selbständig ausführen zu können.[410] Kann der Einschreiter diesen Befähigungsnachweis nicht selbst erbringen, so hat er gemäß § 16 Abs 1 GewO einen (gewerberechtlichen) Geschäftsführer zu bestellen (§ 39 GewO).[411]

In Bezug auf diesen vom Bewerber zu erbringenden Befähigungsnachweis wird auf Grundlage des § 18 Abs 1 GewO in der einschlägigen Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit[412] detailliert geregelt, mittels welcher Belege (Zeugnissen) die fachliche Qualifikation nachzuweisen ist. Aufbauend auf dieser VO wird gemäß § 22 Abs 1 GewO in den VO des Allgemeinen Fachverbandes des Gewerbes sowohl der Prüfungsstoff als auch die fachlich in Betracht kommenden Ausbildungen und Prüfungen hinsichtlich des (generellen) Befähigungsnachweises (§ 16 Abs 1 GewO) getrennt für Berufsdetektive und für das Bewachungsgewerbe festgelegt.

---

[409] Eine nähere Konkretisierung dieser Tätigkeiten erfolgt in § 129 Abs 5 GewO.

[410] Dies kann entweder durch den generellen (§ 18 GewO) oder einen individuellen (§ 19 GewO) Befähigungsnachweis erfolgen.

[411] Eine solche Geschäftsführerbestellung ist gemäß § 95 Abs 2 GewO genehmigungspflichtig.

[412] Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Zugangsvoraussetzungen für das reglementierte Sicherheitsgewerbe (Berufsdetektive, Bewachungsgewerbe) (Sicherheitsgewerbe-Verordnung), BGBl II Nr. 82/2003 idgF. Dabei handelt es sich um den generellen Befähigungsnachweis.

Die Sensibilität[413] des Sicherheitsgewerbes drückt sich nicht zuletzt auch dadurch aus, dass gemäß § 95 Abs 1 GewO die Behörde bereits vor Antritt des Gewerbes die *Zuverlässigkeit* des Bewerbers zu überprüfen hat.[414] Die Behörde prüft hier aber nicht bloß allgemein, sondern ganz konkret in Bezug auf das jeweils beabsichtigte Gewerbe (hier eben das Sicherheitsgewerbe), ob in der Person des Bewerbers (bzw im Fall einer juristischen Person oder einer OK/KG: in den natürlichen Personen, denen ein maßgeblicher Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zusteht[415]) die erforderliche Zuverlässigkeit gegeben ist. Man spricht in diesem Zusammenhang daher auch von der sogenannten „*relativen Zuverlässigkeit*".[416] Als *nicht zuverlässig* ist der Bewerber bei *schwerwiegenden Verstößen* gegen die im Zusammenhang mit dem *betreffenden Gewerbe zu beachtenden Rechtsvorschriften und Schutzinteressen*, insb auch jener zur Wahrung des Ansehens des Berufsstandes, anzusehen (§ 87 Abs 1 Z 3 GewO). Nach der Judikatur des VwGH[417] ist darunter eine solche Geisteshaltung und Sinnesart zu verstehen, die keine Gewähr dafür bietet, dass bei Ausübung des Gewerbes die hierzu zu beachtenden öffentlichen Rücksichten[418] gewahrt werden. Dies ist dann der Fall, wenn die Handlungen und Unterlassungen des Bewerbers so beschaffen sind, dass das daraus zu gewinnende Persönlichkeitsbild es zweifelhaft erscheinen lässt, dass eine zukünftige Ausübung der gewerblichen Tätigkeit den im Zusammenhang mit dem Gewerbe zu beachtenden öffentlichen Interessen entsprechen würde. Die der Beurteilung über das Vorliegen der Zuverlässigkeit zugrunde gelegten Handlungen oder Unterlassungen müssen nicht unbedingt im Zusammenhang mit der Ausübung eines Gewerbes begangen worden sein, sondern können sich auch im rein privaten Bereich des Bewerbers abgespielt haben.[419] Als Schutzinteressen iSd Entziehungstatbestandes nach § 87 Abs 1 Z 3 legt § 87 Abs 1 letzter Satz demonstrativ fest: Verhinderung der illegalen Beschäftigung, der Kinderpornographie, des Suchtgiftkonsum und –verkehrs, der illegalen Prostitution sowie des Diskriminierungstatbestandes des Art III Abs 1 Z 3

[413] Vgl *Fischer/Trojer*, Gewerbeordnung 81, die die in § 95 Abs 1 GewO aufgezählten Gewerbe generell als „sensible Gewerbe" bezeichnen.
[414] *Faber*, Wachdienste 856, betont, dass im Zusammenhang mit dieser Zuverlässigkeitsprüfung ein strenger Maßstab anzulegen ist.
[415] § 13 Abs 7 iVm § 95 Abs 1 GewO; damit sind insb vertretungsbefugte Organe und Mehrheitsgesellschafter gemeint; vgl *Gruber/Paliege-Barfuß*, Gewerbeordnung § 13 Rz 30.
[416] Vgl zB *Feik*, Gewerberecht 166.
[417] VwSlg 9607A/1978; siehe dazu *Gruber/Paliege-Barfuß*, Gewerbeordnung § 95 Rz 7.
[418] So insb die öffentliche Sicherheit, der Schutz des Lebens und der Gesundheit sowie allgemein der Konsumentenschutz; vgl *Faber*, Wachdienste 856 FN 82.
[419] VwGH 10.12.1991, 91/04/0164.

EGVG. Die Schwere des Verstoßes wird sich (auch) aus der Bedeutung des verletzten Schutzinteresses im Zusammenhang mit dem konkreten Gewerbe ergeben.[420] Im Fall des Sicherheitsgewerbes sind hier wohl insb der Schutz der Gesundheit und der körperlichen Sicherheit sowohl der Kunden der Gewerbetreibenden als auch von Dritten zu beachten.[421]

Das Tatbestandsmerkmal des *schwerwiegenden Verstoßes* kann nicht nur durch einen *an sich schwerwiegenden Verstoß*[422] erfüllt werden, sondern auch durch *mehrere geringfügige Verletzungen* der mit dem konkreten Gewerbe zu beachtenden Rechtsvorschriften.[423]

Aber nicht nur die Gewerbetreibenden müssen zuverlässig und geeignet sein, sondern auch die von ihnen eingesetzten Arbeitnehmer. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang insb § 130 Abs 8 GewO, wonach Berufsdetektive und die zur Ausübung des Bewachungsgewerbes Berechtigten zur Wahrnehmung der ihren Gewerben vorbehaltenen Tätigkeiten *nur solche Arbeitnehmer* heranziehen dürfen, die neben der Eigenberechtigung[424] sowohl die für ihre jeweilige Verwendung erforderliche *Eignung* als auch die *erforderliche Zuverlässigkeit* besitzen. Welche konkrete Eignung zu fordern ist, hängt von Art und Umfang der Tätigkeiten ab, zu denen der betreffende Arbeitnehmer vom Gewerbetreibenden herangezogen wird. Man wird darunter insb eine hinlängliche Allgemeinbildung, die körperliche Eignung sowie entsprechende fachliche Kenntnisse und Fähigkeiten zu verstehen haben.[425] Mangels konkretisierender gesetzlicher oder behördlicher[426] Bestimmungen erschöpft sich also der Maßstab für den zu fordernden Stand an Aus- und Fortbildungsmaßnahmen am Tatbestandsmerkmal der *Eignung*.[427]

---

[420] *Gruber/Paliege-Barfuß*, Gewerbeordnung § 87 Rz 40.

[421] An der Zuverlässigkeit mangelt es jedenfalls bei leichtsinniger Aufbewahrung von Waffen oder Munition; siehe *Gruber/Paliege-Barfuß*, Gewerbeordnung § 87 Rz 49.

[422] Solche liegen zB bei schweren verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen oder spezifischen strafgerichtlichen Verurteilungen vor (auch wenn die verhängten Strafen noch nicht die Grenzen der § 13 Abs 1 und 2 GewO erreicht haben); siehe *Gruber/Paliege-Barfuß*, Gewerbeordnung § 87 Rz 41.

[423] VwGH 30.06.2004, 2002/04/0067; siehe dazu insb *Gruber/Paliege-Barfuß*, Gewerbeordnung § 87 Rz 41 ff.

[424] Die Eigenberechtigung liegt gemäß § 21 Abs 2 ABGB mit der Vollendung des 18. Lebensjahres vor.

[425] *Gruber/Paliege-Barfuß*, Gewerbeordnung § 130 Rz 17; *Faber*, Wachdienste 856.

[426] In Form einer „Ausbildungs- bzw Qualifikations-VO" der Behörde auf Grundlage von Art 18 Abs 2 B-VG.

[427] Dazu kritisch *Faber*, Wachdienste 857.

Bezüglich der Zuverlässigkeit wird ein *ähnlich strenger Maßstab* anzuwenden sein wie bei der Prüfung der Zuverlässigkeit des Gewerbeberechtigten.[428]

Nach § 95 Abs 1 GewO darf das Sicherheitsgewerbe im Übrigen nicht schon allein aufgrund der Anmeldung ausgeübt werden;[429] hierzu ist erst die Rechtskraft des Bescheides nach § 340 Abs 2 GewO abzuwarten. Dadurch soll gewährleistet werden, dass die aus *öffentlichen Rücksichten*[430] unerlässliche Zuverlässigkeit *schon vor Antritt* des Gewerbes gegeben ist. In diesem Bescheid ist gegebenenfalls auszusprechen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Sicherheitsgewerbes vorliegen. Dieser Bescheid ist binnen drei Monaten ab Einlangen der Anmeldung zu erlassen.[431] Mit Rechtskraft dieses Bescheides hat die Behörde den Anmelder (umgehend) in das Gewerberegister einzutragen.

Die weiteren Bestimmungen der §§ 129 f GewO regeln schließlich insb die von der Behörde auszustellende Legitimation für Berufsdetektive, die Uniformierung des Bewachungsgewerbes sowie Meldepflichten der Gewerbetreibenden (Berufsdetektive und Bewachungsgewerbe) hinsichtlich ihrer Arbeitnehmer. Ergibt sich aus einer solchen Meldung, dass ein Arbeitnehmer unzuverlässig ist, so hat die Behörde dies dem Gewerbetreibenden mitzuteilen.[432]

2.7.2 Befugnisse des Sicherheitsgewerbes

Es wurde bereits im vorhergehenden Punkt bemerkt, dass dem privaten Sicherheitsgewerbe zur Erfüllung seiner Verpflichtungen keine über die ohnehin allen Rechtsunterworfenen zustehenden Rechte zur Verfügung stehen. Bei diesen Rechten handelt es sich insb um das Recht zur Notwehr bzw Nothilfe gemäß § 3 StGB sowie

[428] *Gruber/Paliege-Barfuß*, Gewerbeordnung § 130 Rz 16; *Faber*, Wachdienste 856.
[429] So aber die freien Gewerbe (§ 5 GewO) und diejenigen reglementierten Gewerbe, für die keine Zuverlässigkeitsprüfung vorgeschrieben ist (vgl die Aufzählung in § 95 Abs 1 GewO).
[430] Insb die öffentliche Sicherheit, Schutz des Lebens und der Gesundheit und der Konsumentenschutz.
[431] Damit handelt es sich um eine lex specialis gegenüber der allgemeinen Bestimmung des § 73 Abs 1 AVG, wonach die Behörde sechs Monate Zeit für die jeweilige Erledigung hat.
[432] Dabei handelt es sich um keinen Bescheid, sondern um eine bloße Wissenserklärung; *Faber*, Wachdienste 856 FN 92. Dadurch soll es dem Gewerbetreibenden ermöglicht werden, durch den Ausschluss unzuverlässiger Arbeitnehmer den gesetzlichen Vorschriften nachkommen zu können; *Gruber/Paliege-Barfuß*, Gewerbeordnung § 130 Rz 21 f.

dem Anhalterecht Privater gemäß § 80 Abs 2 StPO. Aber auch das Hausrecht und das Recht zu Selbsthilfe nach §§ 19, 344 ABGB können hier Erwähnung finden.[433] Ebenso bestehen für eine allfällige Bewaffnung der Angehörigen der privaten Sicherheitsdienste keine über die allgemein gültigen Bestimmungen des Waffengesetzes[434] hinausgehenden Möglichkeiten.[435]

Die pauschale Feststellung des Fehlens besonderer Befugnisse gilt allerdings nur dann, wenn private Sicherheitsdienste (zugunsten welchen Rechtsträgers auch immer[436]) zum Schutz von Individualrechtsgütern privatrechtlich tätig sind. Dagegen können diesen Sicherheitsdiensten in den Fällen ihrer Beteiligung an der Besorgung von Aufgaben der Hoheitsverwaltung aber sehr wohl besondere Befugnisse eingeräumt sein.[437] Da nun die Zulässigkeit der Einräumung solcher besonderen Befugnisse bzw die Zulässigkeit der Beteiligung der privaten Sicherheitsdienste an der Erfüllung der jeweiligen Aufgaben den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit bilden, brauchen die „sowieso" allen Rechtunterworfenen zustehenden Befugnisse mangels Erkenntnis fördernder Relevanz nicht näher dargestellt werden.

2.8 Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Durch die Mitgliedschaft Österreichs in der Europäischen Union und dem Anwendungsvorrang des europäischen Gemeinschaftsrechts gegenüber den nationalen Rechtsordnungen tut man bekanntlich gut daran, bei der Erörterung rechtlicher Fragen nicht auf die Ausschau nach etwaigen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu vergessen.

---

[433] Siehe dazu jeweils mwN insb *Faber*, Wachdienste 859 ff; *Wach*, Sicherheitsdienste 48 ff; *Stolzlechner*, Übertragung 30.
[434] BGBl I 1997/12 idgF.
[435] Siehe insb die §§ 20 ff WaffenG über den Waffenpass und die Waffenbesitzkarte. Nach *Faber*, Wachdienste 858, ist ohnehin nur ein geringer Teil (ca. 10%) der Arbeitnehmer des Sicherheitsgewerbes bewaffnet.
[436] Darunter sind auch jene Fälle zu verstehen, in denen Gebietskörperschaften das private Sicherheitsgewerbe zur Sicherung ihrer individuellen Rechtsgüter (zB Vermögen, nicht aber zB die öffentliche Ordnung und Sicherheit) heranziehen; vgl *Faber*, Wachdienste 853.
[437] ZB die Durchsuchungsermächtigungen nach § 3 Abs 2 GOG und § 5 Z 1 iVm § 6 Abs 1 LSG, die Anordnungsbefugnis nach § 3 Abs 3 GOG sowie die Ermächtigung zur Ausübung unmittelbarer Zwangsgewalt nach § 5 Abs 2 GOG.

Dazu ist zunächst einmal festzustellen, dass es seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon die ehemals aus den drei Säulen bestehende Architektur der EU nicht mehr gibt. Die vor der Vertragsreform in der dritten Säule geregelte „polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen" (gemeinhin mit PJZS abgekürzt) findet sich jetzt in den Kapiteln 4 („Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen") und 5 („Polizeiliche Zusammenarbeit") gemeinsam mit den in Kapitel 1 geregelten „allgemeinen Bestimmungen" sowie den Materien der „Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung" (Kapitel 2) und der „Justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen" (Kapitel 3) im Titel V („Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts") des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) wieder.

Die durch die Reform im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit herbeigeführten Änderungen betreffen hauptsächlich die „vergemeinschaftete" Rechtsetzung im Bereich der grenzüberschreitenden informationellen Kooperation, die Erleichterung der Einleitung einer verstärkten Zusammenarbeit sowie die Erweiterung der Zuständigkeit des EuGH. Insgesamt wurde damit zweifellos ein weiterer bedeutender Schritt in Richtung Supranationalisierung gegangen, auch wenn der seit jeher bestehende intergouvernementale Charakter in diesen traditionell von nationaler Souveränität gekennzeichnetem Politikbereichen bislang nicht vollständig überwunden werden konnte.[438]

Unübersehbaren Ausdruck findet diese - auch nach Lissabon prolongierte - nationalstaatliche Verfestigung insb schon in der Regelung des Art 72 AEUV: danach wird die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit durch den Titel V des AEUV („Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts") ausdrücklich nicht berührt. In dieses Bild passt dann auch nur allzu gut die ebenso ausdrückliche Anordnung des Art 88 Abs 3 AEUV, wonach das Europäische Polizeiamt „Europol" operative Maßnahmen nur in Verbindung und in Absprache mit den Behörden der betroffenen Mitgliedstaaten ergreifen darf,[439] sowie die ausdrückliche und

[438] Zu näheren Einzelheiten speziell für die polizeiliche Zusammenarbeit siehe *Martino*, Auswirkungen 58 ff; für eine (kritische) Übersicht über die bi- und multilateralen Entwicklungen, siehe auch *Weissel*, Sicherheit 109 ff; vgl weiters *Lachmayer*, Polizeihandeln 3 ff; *Pitschas*, Grundlagen 5 ff.

[439] Wobei nicht ganz klar ist, was man unter „operativen Maßnahmen" genau zu versteht hat; vgl *Martino*, Auswirkungen 69 f.

unmissverständliche Klarstellung in eben dieser Bestimmung, dass die Anwendung von Zwangsmaßnahmen ausschließlich den einzelstaatlichen Behörden vorbehalten bleibt. Schließlich ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass die Union zwar einerseits die Zusammenarbeit der nationalen Polizeibehörden und ihrer Organe ausdrücklich fördert (so insb Art 87 Abs 1 AEUV) und nicht zuletzt eine solche Kooperation als wesentlichen Beitrag zur Gewährleistung eines hohen Maßes an Sicherheit erachtet (so vor allem Art 67 Abs 3 AEUV).[440] Andererseits ist aber auch festzustellen, dass der Rat bezüglich der operativen Zusammenarbeit der nationalen Polizeien nur im Zuge eines besonderen Gesetzgebungsverfahrens Maßnahmen erlassen kann[441] (konkret kann der Rat nach Art 87 Abs 3 AEUV nur einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments beschließen; weiters sieht diese Bestimmung für den Fall der Nichteinigung im Rat noch eine besondere Regelung der verstärkten Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten iSd Art 20 Abs 2 EUV und Art 349 Abs 1 AEUV vor). Auch hinsichtlich der ganz spezifischen Festlegung schließlich, unter welchen Bedingungen und innerhalb welcher Grenzen die nationalen Polizeien bzw ihre Organe im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates in Verbindung und in Absprache mit dessen Behörden tätig werden dürfen, kann gemäß Art 89 AEUV der Rat nur einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments beschließen (soweit solche Maßnahmen allerdings eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes[442] darstellen, kommt nach der ausdrücklichen Anordnung des Art 87 Abs 3 AEUV die Anwendung der erwähnten besonderen Regelung über die verstärkte Zusammenarbeit nicht in Betracht).[443]

---

[440] Außerhalb des europäischen Gemeinschaftsrechts hat Österreich zahlreiche (bilaterale) völkerrechtliche Abkommen über die polizeiliche Zusammenarbeit abgeschlossen, die innerstaatlich durch das Bundesgesetz über die internationale und polizeiliche Kooperation (PolKG, BGBl I Nr 1997/104 idgF) umgesetzt wurden; siehe dazu *Kolonovits*, Sicherheitspolizei 43 f.

[441] Nicht jedoch auch in Bezug auf die informationelle Zusammenarbeit, die nach Lissabon nunmehr sehr wohl von der ordentlichen unionsrechtlichen Gesetzgebung erfasst wird; siehe sogleich noch einmal im Haupttext.

[442] Siehe zur grenzüberschreitenden Tätigkeit von Polizeiorganen insb die sekundärrechtlichen §§ 39 ff des Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ, BGBl III Nr 1997/90); dazu *Kolonovits*, Sicherheitspolizei 45 ff mwN; *Lachmayer*, Polizeihandeln 409 ff; die innerstaatliche Umsetzung erfolgte schließlich im Bundesgesetz über die polizeiliche Kooperation mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und dem Europäischen Polizeiamt (Europol), EU-PolKG, BGBl I Nr 2009/132 idgF, sowie im subsidiär neben dem EU-PolKG anzuwendenden Bundesgesetz über die internationale und polizeiliche Kooperation (PolKG, BGBl I Nr 1997/104 idgF).

[443] Es sei an dieser Stelle angemerkt, dass die der Untersuchung zugrunde liegende Frage nach den verfassungsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen der Beteiligung privater Rechtsträger an der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben der sinngleich zu formulierenden Frage in Bezug auf den

Im Ergebnis sind also nach wie vor die einzelnen Mitgliedsstaaten im Bereich der zwangsbewährten Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit souverän.[444] Die europäische Zuständigkeit beschränkt sich hier im Wesentlichen auf die Regelung der informationellen und ermittlungstechnischen Zusammenarbeit der einzelstaatlichen Sicherheits- und Strafverfolgungsbehörden[445] sowie auf die gegenseitige Anerkennung der nationalen Rechtsakte. Wenn man dann im gegebenen Zusammenhang schließlich bedenkt, dass gemäß der weit überwiegender Meinung vor allem die Sicherung des friedlichen Zusammenlebens der Menschen durch die grundsätzliche Bündelung erlaubter physischer Gewalt bei einer dem Einzelnen übergeordneten Instanz (also insb das, was man mit dem Begriff des „Gewaltmonopols" und der „subsidiären" Materie „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit" iSd österreichischen Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG sowie des erwähnten gemeinschaftsrechtlichen Art 72 AEUV verbindet) den eigentlichen Rechtfertigungsgrund für das Bestehen von staatlichen Gebilden darstellt,[446] so kann man wohl auch nicht erwarten, dass sich an dieser Rechtslage in absehbarer Zeit etwas ändern wird;[447] würde dies doch wohl in letzter Konsequenz das Ende der bestehenden Nationalstaaten zugunsten eines neuen „europäischen Staats" bedeuten. Bei den derzeit insgesamt noch durchaus als inhomogen zu beurteilenden nationalen und regionalen Interessenslagen[448] steht eine solche Entwicklung wohl aber noch in weiter Ferne.

Einsatz ausländischer Polizeiorgane im Inland durchaus nicht unähnlich ist; anders als für private Rechtsträger findet sich jedoch für diesen Fall eine ausdrückliche Bestimmung in Art 9 Abs 2 B-VG; siehe dazu sowie zur Frage des Verhältnisses von Art 9 Abs 2 B-VG zum EU-Beitritts-BVG (BGBl Nr 1994/744) insb *Lachmayer*, Polizeihandeln 409 ff; soweit diesbezügliche Erkenntnisse für die vorliegende Untersuchung relevant sind, werden sie in der weiteren Arbeit berücksichtigt.

[444] Vgl *Borchardt*, EU Rz 1371 f.

[445] Speziell zur Anwendung des ordentlichen unionsrechtlichen Gesetzgebungsverfahrens auf die polizeiliche Zusammenarbeit siehe Art 87 Abs 2 AEUV, der sich ausdrücklich auf das Einholen, Speichern, Verarbeiten, Analysieren und den Austausch von Daten bezieht, sowie auf die Unterstützung bei der Aus- und Weiterbildung des Personals und schließlich auf gemeinsame Ermittlungstechniken zur Aufdeckung schwerwiegender Formen der organisierten Kriminalität.

[446] Siehe dazu oben Punkt 2.1.3.

[447] Daher mE noch viel zu optimistisch *Pitschas*, Grundlagen 6 f, 12 ff, 23 f, der bereits von einer „europäischen Sicherheitsverfassung" sowie von einer gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Kooperation zwischen den staatlichen Polizeien mit dem privaten Sicherheitsgewerbe spricht; so wie hier dagegen zB *Klein*, Gewaltmonopol Rz 38, 40.

[448] Nur erwähnt seien die nach wie vor bestehenden und zum Teil sogar erheblichen Unterschiede in der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der einzelnen Mitgliedstaaten sowie nicht zuletzt auch das Problem der ungleichen nationalen Belastungen im Bereich des Flüchtlings- und Asylwesens innerhalb der EU.

Damit ist dann letztlich aber auch klargestellt, dass die Entscheidung darüber, ob bzw in welchem Ausmaß die einzelnen Mitgliedstaaten private Rechtsträger an der Erfüllung von Aufgaben iSd Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit beteiligen, nur in ihrem ausschließlich eigenem Ermessen liegen kann.[449] Der EU kommt in diesen Fragen also gemäß dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art 4 Abs 1 EUV iVm Art 5 Abs 1 und 2 EUV iVm Art 72 AEUV) keine Zuständigkeit zu, solange nicht die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Werte des Art 2 EUV (also insb Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Gleichheit und die Wahrung der Menschenrechte) durch einen ihrer Mitgliedstaaten besteht (Art 7 EUV). Diesen Überlegungen entsprechend war daher - soweit ersichtlich - die diese Untersuchung leitende Frage bislang auch noch kein Thema in der Politik der Europäischen Union.

Abschließend ist im gegebenen Zusammenhang noch zu vermerken, dass die in den Art 45 ff AEUV geregelte Freizügigkeit der Arbeitskräfte gemäß Art 45 Abs 4 AEUV für die „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung nicht gilt". Nach der Judikatur des EuGH kommt dieser Bereichsausnahme ein gemeinschaftsspezifischer Inhalt zu, der für alle Mitgliedstaaten einheitlich und unabhängig von der jeweiligen Gestaltung der Verwaltungsorganisation gilt. Erfasst wird danach nur jener Bereich der öffentlichen Verwaltung der Mitgliedstaaten, der zur Wahrung ihrer Interessen unbedingt erforderlich ist; die Abgrenzung erfolgt daher also nach funktionellen Gesichtspunkten.[450] Insgesamt muss es sich dabei um Stellen handeln, die ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten voraussetzen, die unmittelbar an das durch die Staatsangehörigkeit zwischen Staat und Bürgern geflochtene Band anknüpfen.[451] Diese Voraussetzungen werden nur von jenen Stellen erfüllt, die sowohl eine unmittelbare oder bloß mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse mit sich bringen und die darüber hinaus auch eine Teilnahme an der

[449] Vgl dazu auch RV 981 BlgNR 24. GP, 153 zum Luftfahrtsicherheitsgesetz 2011 (LSG 2011; siehe dazu auch unten Punkt 12.1); diese stellt ausdrücklich fest, dass es in Umsetzung europarechtlicher Vorgaben den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, durch wen diese die erforderlichen Personen- und Gepäckkontrollen durchführen lassen.
[450] *Borchardt*, EU Rz 1025 ff.
[451] *Borchardt*, EU Rz 1027 mH zur Rechtsprechung des EuGH und Literatur.

Wahrnehmung solcher Aufgaben darstellen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates gerichtet sind.[452]

Es liegt wohl offensichtlich auf der Hand, dass diesen Voraussetzungen vor allem bei der Beteiligung Privater an der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben genüge getan wird.[453] Diese Aufgaben stellen ja geradezu den Paradefall hoheitlicher Staatsaufgaben dar, deren Erledigung darüber hinaus nach herrschender Ansicht ein unverzichtbares Essentiale jeder Staatlichkeit darstellt.[454] Weitere Begründungen für die hier sogleich zu treffende Feststellung, dass die Mitgliedstaaten im Falle der tatsächlichen Beteiligung selbständiger privater Rechtsträger an der Erfüllung von Aufgaben der allgemeinen Sicherheitspolizei Beschränkungen auf Angehörige ihrer „eigenen" Staatsangehörigkeit treffen dürfen, können daher mE getrost unterbleiben.

Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass das europäische Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten in Bezug auf die der Untersuchung zugrunde liegenden Frage im Grunde keine Vorgaben macht. In Bezug auf die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit iSd Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG iVm § 3 SPG bleibt also sowohl die Entscheidung über die Frage des „Ob" als auch über jene des „Wie weit" der Einbeziehungen selbständiger privater Rechtsträger den Mitgliedstaaten überlassen, solange insgesamt die in Art 2 EUV genannten Werte im Wesentlichen gewahrt bleiben.

[452] *Borchardt*, EU Rz 1027 mH zur Rechtsprechung des EuGH und Literatur.
[453] So auch *Faber*, Wachdienste 857 f.
[454] Siehe dazu auch oben Punkt 2.1.3.

2. Teil

Kriterien zur verfassungsrechtlichen Beurteilung funktioneller Privatisierungen, dargestellt am Beispiel der allg. Sicherheitspolizei

3. Allgemeine Bemerkungen

Nachdem nun die allgemeinen Grundlagen dargestellt wurden, soll im Folgenden der Versuch unternommen werden, Kriterien zu entwickeln, anhand deren die etwaige Erfüllung von (hoheitlichen) Verwaltungsaufgaben durch „echte“ Private auf ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit hin überprüft werden kann. Entsprechend dem Titel der vorliegenden Arbeit werde ich mich hierbei auf die Verwaltungsmaterie der allgemeinen Sicherheitspolizei konzentrieren, wiewohl in diesem Zusammenhang - insb aufgrund des Fehlens entsprechend eindeutiger normativer Grundlagen - auch ganz allgemeine Fragen zur Baugesetzlichkeit der Bundesverfassung (ganz konkret: zu Demokratie und Rechtsstaatlichkeit) bzw Aspekte ihrer tatsächlichen dogmatischen Umsetzung zu diskutieren sein werden.

Da die Frage der Zulässigkeit der Beteiligung Privater an der Erfüllung von Aufgaben der Hoheitsverwaltung schon mehrfach Gegenstand einschlägiger verfassungsgerichtlicher Judikate war, sich aus dieser bisherigen Rechtssprechung immer wiederkehrende Argumentationsmuster herauskristallisieren und diese Argumentationsmuster (bzw die sie enthaltenden Judikate) natürlich auch in dieser Untersuchung entsprechende Beachtung zu finden haben und daher immer wieder zu zitierend sind, erscheint es mir nicht zuletzt aus Gründen der Übersichtlichkeit sinnvoll,

zunächst einmal einen skizzenhaften Überblick über die angesprochenen verfassungsgerichtlichen Erkenntnisse zu bieten.

Daran anschließend sollen auf Basis der geltenden Verfassungsrechtsordnung sowohl die äußersten Grenzen jeder einfachgesetzlichen Maßnahme - nämlich das Sachlichkeits- und Effizienzgebot - erörtert sowie die Kriterien der „Quantität", der „Qualität" sowie der jeweils herzustellenden „Ingerenz" eines obersten Organs gegenüber etwaig zur Aufgabenerfüllung herangezogenen nichtstaatlichen Rechtsträgern einzeln entwickelt und dargestellt werden. Das Schwergewicht der Ausführungen wird hierbei bei den drei letztgenannten Kriterien (Quantität, Qualität, Ingerenz) liegen. Das Sachlichkeits- und Effizienzgebot wird dagegen - weil nicht zentrales Thema dieser Arbeit - nur überblicksartig behandelt.
Im Zusammenhang mit der Erörterung der beiden Elemente Quantität und Qualität werden auch die bisher vom VfGH immer wieder herangezogenen Topoi der „vereinzelten Aufgaben" sowie der „Kernbereiche" bzw der „Kernaufgaben" im Sinne einer kritischen Würdigung auf ihre verfassungsrechtliche Begründung hin untersucht. Etwaig aufgefundene Begründungsmängel sollen im Rahmen eines jeweils eigens zu den beiden Elementen durchgeführten dogmatischen Begründungsversuchs vermieden bzw ausgeräumt werden.

Schließlich soll der Frage nach der rechtlichen Begründung bzw der rechtlichen Begründbarkeit etwaig bestehender absoluter Grenzen in Bezug auf die beiden Elemente Quantität und Qualität nachgegangen werden. Das Hauptaugenmerk wird hierbei allerdings auf der Untersuchung der Frage liegen, ob die Materie der allgemeinen Sicherheitspolizei tatsächlich schon aufgrund der Verfassung jedweder Beteiligung privater Rechtsträger entzogen ist und diese Verwaltungsmaterie daher im Umkehrschluss ausschließlich durch staatliche Organe im organisatorischen Sinn erfüllt werden darf. Diese Schwerpunktbildung erklärt sich nicht zuletzt aus der Tatsache, dass der VfGH in seiner Judikatur genau diese - mE viel zu pauschale - Ansicht vertritt, wie im Anschluss noch näher zu zeigen sein wird.

4. Skizze der jüngeren einschlägigen Judikatur des VfGH

4.1 Austro-Control-Entscheidung (VfSlg 14.473/1996)[455]

In dieser Entscheidung bestätigte der VfGH die schon in älteren Vorjudikaten[456] zum Ausdruck gebrachte grundlegende Erkenntnis, dass es durchaus mit Art 20 B-VG und Art 77 B-VG vereinbar erscheine, wenn „echte" Private mit der Besorgung von Staatsaufgaben betraut und sie in diesem Zusammenhang mit der Vollzugsgewalt des Bundes oder eines Landes ausgestattet würden.

Weiters wiederholte der VfGH die grundsätzliche Bedeutung des aus dem Gleichheitssatz entwickelten Sachlichkeitsgebots[457] sowie des verfassungsrechtlichen Effizienzgebots[458] für alle gesetzlichen Maßnahmen und daher auch für Beleihungen (und wohl auch für andere Formen der funktionellen Privatisierung iSv Punkt 2.5.6).

Schließlich bekräftigte er, dass die Ermächtigung zu Beleihungen nur für „vereinzelte Aufgaben"[459] bestehe und dass darüber hinaus diese Ermächtigung nur soweit gegeben sei, als sich nicht aus dem durch den Wesensgehalt der Bundesverfassung allgemein bestimmten Aufbau der staatlichen Verwaltung oder aus einzelnen besonderen Bestimmungen der Bundesverfassung eine Einschränkung ergebe.[460] Hier sei vor allem die verfassungsrechtliche Notwendigkeit der Unterstellung unter ein oberstes Organ, das gemäß Art 76 Abs 1 B-VG und Art 142 B-VG verantwortlich ist, zu beachten.[461]

Im Ergebnis sah der VfGH keine Bedenken hinsichtlich der Übertragung der Besorgung bestimmter Aufgaben nach dem Luftfahrtgesetz[462] auf die gemäß dem Austro Control

[455] Siehe dazu insb *Funk*, AC-Erk 55 ff; *Resch*, Austro Control 272 ff.
[456] Insb VfSlg 1455/1932; VfSlg 3685/1960; VfSlg 6570/1971; VfSlg 10.213/1984.
[457] Unter Bezugnahme auf VfSlg 8457/1978; VfSlg 11.369/1987; VfSlg 11.639/1988.
[458] Der VfGH verweist diesbezüglich auf *Korinek/Holoubek*, Privatwirtschaftsverwaltung 173 ff; siehe auch *Funk*, AC-Erk 61, der auf die Schwierigkeiten der Feststellung eines komparativen (Kosten-) Vorteils hinweist und daher die verfassungsgerichtliche Erinnerung an das Effizienzgebot letztlich „in den Wind gesprochen" sieht.
[459] Unter Bezugnahme auf VfSlg 3685/1960; VfSlg 10.213/1984.
[460] Unter abermaliger Bezugnahme auf VfSlg 3685/1960.
[461] Unter Bezugnahme auf VfSlg 3096/1956; VfSlg 4117/1966.
[462] BGBl 1957/253. Eine Aufzählung der betreffenden Aufgaben findet sich in VfSlg 14.473/1996.

Gesetz[463] gegründete Austro Control GmbH[464]. Vielmehr sprach er wörtlich aus: "Angesichts des Umfangs und der Bedeutung der den Staatsorganen zur unmittelbaren Wahrnehmung verbleibenden Kompetenzen wertet der Verfassungsgerichtshof die der Austro Control Gmbh zur Besorgung übertragenen Agenden als bloß vereinzelte Aufgaben im Sinne der vorhin zitierten Rechtsprechung."
Sowohl aufgrund der umfassenden Aufsichts- und Weisungsbefugnisse des zuständigen Bundesministers als auch durch die Wahl der Rechtsform der GmbH[465] für die betreffende Ausgliederung hatte der VfGH im Übrigen nicht das Bedenken, dass die verfassungsrechtlich vorgeschriebene Einbindung in den Weisungszusammenhang, die Organisationsverantwortung und die Verantwortlichkeit der obersten Organe ausgeschaltet wären. In diesem Zusammenhang sei - so der VfGH - abschließend zu bedenken, dass bei der Besorgung der behördlichen Aufgaben durch die Austro-Control-GmbH der genannte Bundesminister die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde und im Instanzenzug übergeordnete Behörde ist.

Im Zusammenhang mit dem Thema dieser Arbeit erweist sich schließlich die Aussage des VfGH zu den nicht ausgliederbaren Kernbereichen bzw zu den nicht ausgliederbaren Aufgaben der staatlichen Verwaltung von wesentlicher Bedeutung.
Um nicht ausgliederbare *Kernbereiche* handle es sich „etwa"[466] bei der Vorsorge für die Sicherheit im Inneren und nach außen sowie bei der Ausübung der (Verwaltungs-) Strafgewalt.
Nicht ausgliederbare *Aufgaben* seien zB jene der allgemeinen Sicherheitspolizei (womit wohl das von Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG Erfasste gemeint ist[467]), des Militärwesens oder Aufgaben einer Verwaltungsstrafbehörde.
Der VfGH blieb eine Begründung dafür, warum es sich bei den genannten (Kern-) Bereichen um angeblich nicht ausgliederbare handle, schuldig. Was genau unter „nicht

[463] BGBl 1993/898.
[464] Deren Anteile sind zu 100% dem Bund vorbehalten. Im Fall einer Kapitalerhöhung hat die Mehrheit der Anteile beim Bund zu verbleiben (Art I § 1 Abs 3 ACG).
[465] Da die Mehrheit der Gesellschaftsanteile beim Bund zu verbleiben hat, ist somit im Hinblick auf § 20 GmbhG sichergestellt, dass die Gesellschafterrechte durch ein dem Nationalrat verantwortliches oberstes Organ wahrgenommen werden.
[466] Durch die Verwendung des Wortes „etwa" gibt der VfGH zu erkennen, dass die von ihm genannten nicht ausgliederbaren Bereiche der staatlichen Verwaltung nur demonstrativen Charakter haben.
[467] So auch zB *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen FN 385.

ausgliederbar“ bzw „Kernbereich“ zu verstehen ist, blieb in dieser Entscheidung ebenso im Dunkeln.
Nicht erhellt wurde im Übrigen auch das Verhältnis zwischen den „nicht ausgliederbaren Kernbereichen“ und den „nicht ausgliederbaren Aufgaben“.[468]

4.2 BWA-Entscheidung (VfSlg 16.400/2001)[469]

Hier hatte der VfGH Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit der Übertragung der Besorgung wirtschaftsaufsichtsrechtlicher, gewerbepolizeilicher und verwaltungsstrafrechtlicher Aufgaben auf einen als selbständige juristische Person des öffentlichen Rechts eingerichteten Rechtsträger.[470] In diesem Vorgang sah der VfGH[471] eine Ausgliederung.

Inhaltlich wiederholte der VfGH (unter Verweis auf Art 23 Abs 1 B-VG bezüglich juristischer Personen des öffentlichen Rechts) die grundsätzliche Möglichkeit, dass Verwaltungsaufgaben durch ausgegliederte Rechtsträger besorgt werden können und dass hierzu auch Beleihungen[472] zulässig seien. Weiters bekräftigte er die im Austro-Control-Erkenntnis angeführten Grenzen für Ausgliederungen bzw Beleihungen und stellte klar, dass hinsichtlich dieser Grenzen kein relevanter Unterschied zwischen Privatrechtssubjekten und juristischen Personen des öffentlichen Rechts bestehe.
Ob im konkreten Fall die Besorgung von mehr als bloß „vereinzelten Aufgaben“ ausgegliedert wurde, wurde vom VfGH nicht beantwortet, da es sich bei den ebenfalls

[468] Vgl *Lachmayer*, Ausgliederungen 758 ff. Insb ist nicht klar, ob die als nicht ausgliederbar qualifizierten Aufgaben den (bloß einen) Kernbereich bilden oder ob es mehrere nicht ausgliederbare Kernbereiche gibt, die als solche wieder mehrere Aufgaben umfassen können (der VfGH erwähnt in wenig hilfreicher Weise beide Bedeutungen). Schließlich verbleibt noch die Möglichkeit, dass Kernbereiche und Kernaufgaben überhaupt synonym zu verstehen sind (konkret, ob die als Kernbereich bezeichnete *Vorsorge für die Sicherheit im Inneren* mit der als Aufgabe bezeichneten *allgemeinen Sicherheitspolizei* gleichgesetzt wird). Siehe dazu auch unten Punkt 7.2.
[469] Siehe dazu *Funk*, BWA-Erk 23 f.
[470] Die BWA (Bundes-Wertpapieraufsicht) wurde durch die (aufgehobenen) einfachgesetzlichen Bestimmungen des WAG als Anstalt des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit eingerichtet.
[471] Der hier im Übrigen der Ansicht des VwGH gefolgt ist.
[472] Bei der Übertragung von Hoheitsgewalt auf Privatrechtssubjekte spricht der VfGH von Beleihungen im engeren Sinn. Konsequenter Weise ist dann bei der Übertragung von Hoheitsgewalt auf juristische Personen des öffentlichen Rechts von Beleihung im weiteren Sinn zu sprechen.

zur Besorgung auf die BWA übertragenen Verwaltungsstrafkompetenzen „ohnehin" um nicht ausgliederbare Kernaufgaben der staatlichen Verwaltung handle. Bemerkenswert ist allerdings, dass der VfGH neben der Feststellung, dass es sich bei den übertragenen verwaltungsstrafrechtlichen Aufgaben *an sich* um nicht ausgliederbare Kernaufgaben handle, auch auf die Höhe der betreffenden Strafdrohungen Bezug nimmt.[473] Käme es tatsächlich nur auf das Vorliegen von verwaltungsstrafrechtlichen Aufgaben an, dann müsste doch die konkrete Höhe der Strafdrohungen ohne Belang sein.[474]

In Reaktion auf die Entscheidungsbesprechung von *Funk*[475] zu VfSlg 14.473/1996 stellte der VfGH hier auch ausdrücklich klar, dass seiner Meinung nach die Besorgung von Kernaufgaben durch außerhalb der Staatsorganisation stehende Rechtsträger (also insb durch funktionelle Organe iSd Arbeit) schlechthin unzulässig sei.

Weiters stellte der VfGH in dieser Entscheidung ausdrücklich fest, dass Art 20 Abs 1 B-VG (auch[476]) gegenüber ausgegliederten juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht unmittelbar wirke und daher einfachgesetzliche Rechtsvorschriften zu erlassen seien, die einem obersten Organ (das dem Parlament verantwortlich ist) eine effektive Leitungs- und Steuerungsfunktion einräumen. Dabei sei insb ein umfassendes Weisungsrecht einzurichten.

Insgesamt kam der VfGH in dieser Entscheidung zum Ergebnis, dass die Weisungsbefugnisse des zuständigen Bundesministers nur unzureichend eingeräumt waren und dass daher dessen effektive Steuerungsmöglichkeit unter gravierenden Mängeln litt.[477] Zusammen mit den unzulässigerweise zur Besorgung übertragenen Verwaltungsstrafkompetenzen war daher die betreffende Ausgliederung und Beleihung verfassungswidrig. Diese Mängel konnten durch die Aufhebung der die Selbständigkeit der BWA konstituierenden Bestimmungen des WAG beseitigt werden, da eine unselbständige Anstalt des öffentlichen Rechts unmittelbar von Art 20 Abs 1 B-VG

[473] Nachdem der VfGH die Strafdrohungen (konkret: bis zu S 300.000.- bzw S 100.000.-) anführt, spricht er davon, dass solche Aufgaben jedenfalls nicht ausgliederbar wären.
[474] Vgl auch *Pabel*, Ausgliederungen 227.
[475] *Funk*, AC-Erk 60.
[476] VfSlg 16.400/2001 verweist hinsichtlich privatrechtlicher Rechtsträger auf *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 2 Rz 27.051.
[477] Der VfGH führte dazu aus, dass eine effektive Steuerungsmöglichkeit eine umfassende Weisungsbefugnis erfordere und dass zur weisungsmäßigen Führung eine ausreichende und rechtzeitige Information laufend erforderlich sei. Die Leitungs- und Organisationsbefugnis darf daher keine „bloß theoretische oder illusorische" sein.

erfasst wird und damit die volle Leitungs- und Steuerungsmöglichkeit des zuständigen Bundesministers hergestellt war.

4.3 Energie-Control-Entscheidung (VfSlg 16.995/2003)[478]

Aufbauend auf der „vereinzelte Aufgaben – Judikatur“ gemäß den Entscheidungen VfSlg 14.473/1996 und VfSlg 16.400/2001 stellte hier der VfGH fest, dass eine etwaige Kompetenz eines Beliehenen zur Erlassung einer Verordnung nicht bloß auf Art 18 Abs 2 B-VG gestützt werden könne, sondern dass eine solche Ermächtigung einer besonderen ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfe.[479]

Der VfGH stellte weiters fest, dass die „Außenpolitik“ zum Kernbereich der Staatsaufgaben zähle.[480] Was man aber genau unter „Außenpolitik“ zu verstehen habe, wurde vom VfGH nicht angegeben.[481] Jedenfalls unter „Außenpolitik“ falle aber die Entscheidung über die Setzung von völkerrechtlichen Retorsionsmaßnahmen,[482] da diese Maßnahmen zu schwerwiegenden Beeinträchtigungen der Beziehungen Österreichs zu einem Drittstaat führen könnten.

Eine nähere Erläuterung des Begriffs der „Kernbereiche“ findet sich wie schon in VfSlg 14.473/1996 auch in dieser Entscheidung nicht.[483]

Eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung eines Beliehenen zur Erlassung einer Verordnung, die im Ergebnis einer solchen völkerrechtlichen Maßnahme entspricht und daher Außenpolitik darstelle, sei nach Ansicht des VfGH verfassungswidrig.[484]

---

[478] Siehe dazu *Walzel von Wiesentreu*, Verordnungsgebung 123 ff.

[479] Siehe dazu eingehend *Walzel von Wiesentreu*, Verordnungsgebung 128 ff, der unter Bezugnahme auf das Sachlichkeitsgebot auch der Frage nach etwaigen quantitativen Beschränkungen bei der Übertragung der Ermächtigung zur Verordnungserlassung nachgeht; ebenso erörtert er, ob auch nur die Ermächtigung zur Verordnungsgebung allein übertragen werden kann oder ob dies nur zusätzlich zu anderen hoheitlichen Befugnissen zulässig ist.

[480] Damit erweitert sich die demonstrative Aufzählung in VfSlg 14.473/1996 (Vorsorge für die Sicherheit im Inneren und nach außen, Ausübung der Strafgewalt bzw Verwaltungsstrafgewalt) um die Außenpolitik.

[481] Dazu kritisch *Walzel von Wiesentreu*, Verordnungsgebung 131 f.

[482] VfSlg 16.995/2003 verweist hier auf *Seidl-Hohenveldern*, Völkerrecht (2000) Rz 1775 bis 1781. In der betreffenden Sache ging es um die Ermächtigung bzw Verpflichtung der Elektrizitäts-Control GmbH, durch Verordnung eine Einfuhrsperre für elektrische Energie aus Staaten zu verhängen, auch wenn nur ein einziges Unternehmen in diesem Staat gegen die Kriterien des ElWOG verstößt.

[483] Dazu kritisch *Walzel von Wiesentreu*, Verordnungsgebung 131 f.

[484] Die Übertragung der Ermächtigung zur Erlassung einer Verordnung an einen Beliehenen sei zwar nach Ansicht des VfGH besonderes sensibel, aber verfassungsrechtlich nicht schlechthin ausgeschlossen,

Überraschender Weise enthält dieses Judikat auch noch eine nachträgliche Erläuterung zu den in der Austro-Control-Entscheidung zur Beurteilung herangezogenen „vereinzelten Aufgaben“: der VfGH habe dort nämlich jene Aufgaben, die dem ausgegliederten Unternehmen (zur Besorgung) übertragen wurden und jene, die bei den staatlichen Organen verblieben sind, gegeneinander abgewogen und sei zum Schluss gekommen, dass (abgesehen davon, dass keine Kernaufgaben betroffen waren) bei einer Gesamtbetrachtung gewichtige Aufgaben bei den staatlichen Organen (zur Besorgung) verblieben wären.

4.4 Zivildienst-Entscheidung (VfSlg 17.341/2004)[485]

In dieser Entscheidung hatte der VfGH unter anderem zu beurteilen, ob die Übertragung der Erfüllung bestimmter Aufgaben nach dem ZDG[486], wie zB der Zuweisung der Zivildienstpflichtigen zu entsprechenden Einrichtungen oder der Befreiung von der Verpflichtung zur Zivildienstleistung, an eine nicht-staatliche Einrichtung (konkret der Zivildienst-GmbH) verfassungsrechtlich zulässig war oder nicht. Der VfGH verneinte die aufgeworfene Frage und hob die entsprechenden Bestimmungen[487] auf.

Begründet wurde diese Entscheidung vom VfGH damit, dass es sich aufgrund der verfassungsrechtlichen Anordnung gemäß Art 9a Abs 3 B-VG aF[488] beim Zivildienst um einen Wehrersatzdienst handle, der auf der Wehrpflicht beruhe. In der Folge sei ebenso wie die Feststellung der Wehrpflicht[489] auch die Feststellung des Eintritts der Zivildienstpflicht eine ausgliederungsfeste Kernaufgabe des Staates. Die

---

sofern sich eine solche Ermächtigung nicht in einem „Kerngebiet“ der Staatsaufgaben (hier die außenpolitischen Beziehungen) bewege. Mit der Bezeichnung „Kerngebiet“ führt der VfGH eine neuerliche Begrifflichkeit ein, ohne diese näher zu definieren, geschweige denn, diese von „Kernbereichen“ oder „Kernaufgaben“ (siehe VfSlg 14.473/1996) klar abzugrenzen. Die Übersichtlichkeit und Verständlichkeit bleibt damit leider auf der Strecke; vgl zu dieser Problematik auch *Lachmayer*, Ausgliederungen 758 ff.

[485] Siehe dazu *Christ*, Zivildienst-Erk 303 ff; *Baumgartner*, Zivildienstverwaltung 69 ff; *Pabel*, Ausgliederung 211 ff.

[486] Zivildienstgesetz idF der Zivildientsnovelle 2001, BGBl I 12000/33.

[487] Unter anderem § 54a Abs 1 leg cit als Ermächtigung an den Bundesminister für Inneres zur Beauftragung eines „geeigneten“ Unternehmens zur Durchführung diverser Aufgaben.

[488] Nunmehr ist diese Verpflichtung in Art 9a Abs 4 B-VG normiert.

[489] VfSlg 17.341/2004 verweist diesbezüglich auf VfSlg 14.473/1996, obwohl dort von der Wehrpflicht nicht explizit die Rede ist.

kompetenzrechtlichen und materiellen Unterschiede zwischen Militärdienst und Zivildienst seien für diese Feststellung nicht von Bedeutung.[490]

Damit wäre unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung des VfGH bereits die Verfassungswidrigkeit der hier gegenständlichen Ausgliederung festgestellt. Trotzdem bietet der VfGH eine weitere, sozusagen unterstützende Begründung für seine Entscheidung. Er reflektiert nämlich über die „Kernaufgabenthese" hinaus auch auf die grundrechtliche Bedeutung der Verpflichtung zur Leistung des Zivildienstes, indem er bemerkt, dass die Zivildienstleistenden für die Dauer der Dienstpflicht außergewöhnlich starken Einschränkungen hinsichtlich ihrer privaten Dispositionsmöglichkeiten in Bezug auf die Wahl des Aufenthaltsortes und der Möglichkeit einer selbst gewählten Erwerbstätigkeit unterworfen sind. Diese grundrechtlichen Eingriffe seien nur aufgrund der Ausnahmebestimmung gemäß Art 4 Abs 3 lit b EMRK[491] grundrechtlich gerechtfertigt.

Diese doppelte Begründung der Verfassungswidrigkeit kann man zumindest als verfassungsgerichtlichen Fingerzeig dahingehend deuten, dass es nicht (nur) auf die Zuordnung zu den vom VfGH selbst als ausgliederungsfeste Kernaufgaben bezeichneten Aufgabenfelder staatlicher Tätigkeit ankommt bzw dass sich, und das ist das Neue an dieser Entscheidung, Kernaufgaben über die mit ihrer Erfüllung verbundenen grundrechtlichen Relevanz begründen lassen.[492]

Auch in dieser bislang letzten einschlägigen verfassungsgerichtlichen Entscheidung wurden die Begriffe „Kernbereich" und „Kernaufgaben" aber weder ausdrücklich definiert bzw von einander abgegrenzt noch umfassend begründet.[493]

---

[490] Auf die Frage, ob auch Verfassungswidrigkeit nach dem Kriterium der „vereinzelten Aufgaben" oder nach dem Kriterium der notwendigen Leitungs- und Organisationsverantwortung eines obersten Organs („Ingerenz") gegeben war, wurde vom VfGH nicht weiter eingegangen; vgl dazu *Christ*, Zivildienst-Erk 308 f.

[491] Siehe dazu zB *Grabenwarter*, EMRK § 20 Rz 37 ff, insb Rz 44.

[492] *Pabel*, Ausgliederung 228 f.

[493] *Pabel*, Ausgliederung 224. Nach Meinung von *Christ*, Zivildienst-Erk 308, sei dies auch gar nicht (primäre) Aufgabe des VfGH, sondern der Rechtswissenschaft.

5. Sachlichkeits- und Effizienzgebot als allgemeine Rahmenbedingungen

Sowohl das Sachlichkeits- als auch das Effizienzgebot bilden in Bezug auf die gegebene Thematik „bloß“ die äußersten verfassungsrechtlichen Grenzen. Deshalb waren sie auch in der bisherigen Ausgliederungs- und Privatisierungsdiskussion nur von untergeordneter Bedeutung.[494] Dennoch (oder gerade deshalb) sollen diese beiden Grenzlinien an dieser Stelle nacheinander beleuchtet werden.

Das Sachlichkeitsgebot[495] wird gemeinhin aus dem allgemeinen Gleichheitssatz[496] abgeleitet. Jeder Akt der Gesetzgebung hat (unter anderem) dem Sachlichkeitsgebot zu entsprechen.[497] Verboten sind demnach sachlich nicht gerechtfertige gesetzliche Differenzierungen. Darin ist aber unausweichlich das Problem verborgen, wie festzustellen ist, ob eine gesetzliche Differenzierung gerechtfertigt ist oder nicht, da mit derartigen Erwägung zwangsläufig Wertungen verbunden sind.[498] Solche Wertungen obliegen aber in einem gewaltenteiligen System wie dem österreichischen grundsätzlich nicht einem nachprüfenden (Verfassungs-) Gericht, sondern dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber, der für seine vorgenommenen Wertungen und politischen

[494] Vgl *Raschauer*, Kontrolle 23; *Lachmayer*, Ausgliederungen 763. Im Vordergrund stehen bis heute vor allem die Auslotung der Reichweite und Bedeutung der organisationsrechtlichen Bestimmungen, insb von Art 20 Abs 1 B-VG und Art 77 Abs 1 B-VG. Nach der mE zutreffenden Ansicht von *Baumgartner*, Ausgliederung 95, 253, gelten für Entstaatlichungen nichthoheitlicher Aufgaben bzw Tätigkeiten neben den allgemeinen verfassungsrechtlichen Bindungen gemäß dem Legalitätsprinzip und der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung überhaupt nur die Grenzen des Sachlichkeits- und Effizienzgebots, da es sich in diesen Fällen nach der Entstaatlichung um keine Verwaltung iSd B-VG mehr handelt und daher die aus organisationsrechtlichen Bestimmungen abgeleiteten Entstaatlichungsgrenzen nicht mehr gelten.

[495] Vgl dazu allgemein *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 3 Rz 42.001 ff; *Berka*, Grundrechte Rz 918 ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 1356 ff mit umfangreichen Nachweisen zur Judikatur; *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 760 ff; weiters *Korinek*, Bedingungen 48 f; *Korinek*, Gleichheitsgrundsatz 48 ff; *Lachmayer*, Ausgliederung 763; *Pabel*, Ausgliederung 223; *Pöschl*, Gleichheit 264 ff.

[496] Insb Art 2 StGG; Art 7 Abs 1 B-VG; in weiter Entfernung vom Wortlaut wurde vor allem aus diesen Bestimmungen „das an den Gesetzgeber adressierte Gleichheitsgebot in richterlicher Rechtsfortbildung dynamisch entwickelt“; so *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 760; kritisch insb auch *Pöschl*, Gleichheit 276 ff, insb 276 ff, die die Ansicht vertritt, dass sich der Schutz kollektiver Interessen im Sinne eines Zweckmäßigkeitsgebots nicht auf den allgemeinen Gleichheitssatz als Individualgrundrecht stützen lässt.

[497] Vgl nur VfSlg 14.473/1996, wo speziell der Fall der Beleihung genannt wird; siehe auch *Korinek*, Gleichheitsgrundsatz 42 ff.

[498] Vgl *Korinek*, Gleichheitsgrundsatz 44 ff; *Berka*, Grundrechte Rz 920, spricht davon, dass eine zulässige gesetzliche Differenzierung nicht bloß irgendeinen Grund, sondern einen *zureichenden* und *gerechten* Grund im Tatsächlichen haben muss.

Maßnahmen auch politisch zur Verantwortung gezogen werden kann. Vergleichsweise unproblematisch ist es daher, wenn die Argumente für die Beurteilung der Sachlichkeit aus der positivierten Verfassungsrechtsordnung gewonnen werden können.[499] Ist das aber nicht möglich, so darf der VfGH nicht seine eigenen Wertungen an die Stelle jener des Gesetzgebers setzen.[500] Insbesondere ist dem VfGH eine bloße Zweckmäßigkeitsprüfung verwehrt.[501] Dementsprechend hat der VfGH immer wieder den rechtpolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Wahl der Ziele und Mittel hervorgehoben.[502] Es ist deshalb im Ergebnis *Korinek*[503] zuzustimmen, dass das Gericht Tatsachenfeststellungen und Folgeeinschätzungen, die die im Gesetz angestrebten Ziele decken können, als gerechtfertigt anzusehen haben wird, wenn das Gericht nur irgendwelche vernünftigen Gründe für solche Einschätzungen findet.[504] In diesem Sinn werden schließlich die vom Gesetzgeber zur Zielerreichung vorgesehenen Maßnahmen die verfassungsgerichtliche Sachlichkeitsprüfung auch schon dann bestehen, wenn sie (bloß) gute Gründe für sich haben. Dass es auch gute Gründe gibt, die für andere Lösungen sprechen, kann nach dieser Auffassung der Sachlichkeit der vom Gesetzgeber gewählten Maßnahmen keinen Abbruch tun. Es hat eben der Gesetzgeber und nicht der VfGH zu entscheiden, welche die besseren Gründe sind.[505] Der VfGH hat sich also im Rahmen der Sachlichkeitsprüfung auf eine Vertretbarkeitskontrolle zurückzuziehen.

Akte der Gesetzgebung - im gegebenen Zusammenhang vor allem Ausgliederungen und Beleihungen - haben aber nicht nur dem Sachlichkeitsgebot zu genügen, sondern auch

---

[499] Vgl *Berka*, Grundrechte Rz 927, 933, der in diesem Zusammenhang vor allem auf die übrigen Grundrechte und Staatszielbestimmungen verweist; gleichsinnig auch *Pöschl*, Gleichheit 186 ff.

[500] So ausdrücklich *Pöschl*, Gleichheit 180.

[501] Vgl statt aller *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 1357 mwN zur Judikatur.

[502] Wobei aber auch nicht zu übersehen ist, dass dieser gesetzgeberische Gestaltungsspielraum vom VfGH in den vergangenen Jahrzehnten bereits immer weiter verengt wurde; vgl nur *Berka*, Grundrechte Rz 934 ff; keine Bedenken hinsichtlich der Wahrung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraumes hegt dagegen offenbar *Oberndorfer*, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit 119 f.

[503] *Korinek*, Bedingungen 48 f, ihm folgend zB *Baumgartner*, Ausgliederung 241; anders aber wohl *Rill*, Grenzen 754 f.

[504] Auch budgetäre oder fiskalische Erwägungen können eine Regelung sachlich gerechtfertigt erscheinen lassen; vgl *Berka*, Grundrechte Rz 944 mit Hinweis auf VfSlg 12.641/1991 zur Studienförderung; zustimmend ebenfalls *Bauer*, Einschränkung 242. Gerade bei Ausgliederungen und Privatisierungen werden im Zusammenhang mit dem sogleich zu behandelnden Effizienzgebot solche finanziellen Gründe wohl im Vordergrund stehen.

[505] *Korinek*, Bedingungen 49, der aber zutreffender Weise für Grundrechtseingriffe eine strengere verfassungsgerichtliche Prüfung gutheißt.

dem Effizienzgebot.[506] Effizienz ist ein Gradmesser für den ideellen und materiellen Aufwand, der für die Wirksamkeit einer Rechtsordnung erforderlich ist. Das Effizienzgebot ist daher normativer Ausdruck der Notwendigkeit an wirtschaftlichem Umgang mit öffentlichen Mitteln. Bedingt durch die grundsätzliche Knappheit der Ressourcen ist ein vom Gesetzgeber angestrebter Erfolg mit möglichst geringem Aufwand zu erreichen.[507] Insb in den Geboten der Sparsamkeit (Ausgabenminimierung), Wirtschaftlichkeit (Optimierung des Verhältnisses von Aufwand und Erfolg) und Zweckmäßigkeit (optimale Eignung zur Zielverwirklichung bzw Vereinbarkeit mit gesamtwirtschaftlichen Interessen) kommt das Effizienzgebot zum Ausdruck.[508] Namentlich als Rechtsbegriff enthalten ist diese Begriffstrias insb in Art 126b Abs 5 B-VG, die als solche den Maßstab für die Gebarungsprüfung durch den Rechnungshof darstellt. Die einzelnen Elemente dieser Trias stellen allerdings keine selbständigen Tatbestände dar; sie sind vielmehr Ausdruck ein und desselben Gedankens, nämlich jener der Effizienzmaximierung. Daher dürfen sie auch nicht separiert, sondern nur in ihrem Zusammenwirken verstanden werden.[509] Diese Gebote binden neben der Vollziehung wie eingangs erwähnt auch die Gesetzgebung und sind ein justiziabler Maßstab für den VfGH bei der Gesetzesprüfung.[510]

Würde nun der VfGH tatsächlich gesetzgeberische Maßnahmen in aller Konsequenz auf das Vorliegen von Effizienz prüfen, so müsste er die möglichen Alternativen und deren komparative Kosten sowohl in der betrieblichen als auch in der gesamtwirtschaftlichen Relation ermitteln.[511] Wie *Funk*[512] in seiner Besprechung der Austro-Control-

---

[506] ZB VfSlg 14.473/1996; siehe weiters *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 2 Rz 27.102f; *Funk*, AC-Erk 60 f; *Korinek/Holoubek*, Privatwirtschaftsverwaltung 173 ff; *Korinek*, Bedingungen 49; *Lachmayer*, Ausgliederungen 763; *Pabel*, Ausgliederung 223.

[507] Vgl insgesamt *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 2 Rz 27.102, die im Übrigen darauf hinweisen, dass das Effizienzgebot aufgrund der Begrenztheit der Mittel auch ohne ausdrückliche Anordnung jeder Rechtsordnung final immanent ist; ebenso mit Bezug auf das Gemeinwohl *Arnold*, Effizienz und Legalitätsprinzip 8 ff.

[508] *Funk*, Maßstäbe 273; *Korinek/Holoubek*, Privatwirtschaftsverwaltung 175; *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 2 Rz 27.102 f, die aber auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Form des Effizienzgebots sehen; ebenso *Lachmayer*, Ausgliederungen 763.

[509] *Funk*, Maßstäbe 273 ff; *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 2 Rz 27.103; *Korinek/Holoubek*, Privatwirtschaftsverwaltung 175.

[510] Vgl zB VfSlg 14.473/1996; ebenso *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 2 Rz 27.102; *Korinek*, Bedingungen 49; *Korinek/Holoubek*, Privatwirtschaftsverwaltung 176 f; grundsätzlich ebenso *Baumgartner*, Ausgliederung 246 f, der aber nicht nur auf den ökonomischen Effekt abstellt, sondern in einem viel umfassenderen Sinn die Bedeutung der betreffenden Maßnahmen für die jeweiligen „spezifischen öffentlichen Interessen" und damit letztlich für das „Gemeinwohl" hervorhebt. Wie dies aber vom VfGH judiziert werden soll ohne dabei „politisch" zu werden, sagt *Baumgartner* nicht.

[511] *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 2 Rz 27.102; ihnen folgend *Korinek*, Bedingungen 49.

Entscheidung vermerkt hat, hat hier der VfGH aber mit gutem Grund auf eine solche eingehende Prüfung verzichtet und ist bei der bloßen Betonung des Effizienzgebots geblieben. Denn auch hier stößt das nachprüfende Gericht sehr rasch auf die schon beim Sachlichkeitsgebot genannten Probleme der Wertungsfragen und auf die damit untrennbar verbundene Schwierigkeit, politische Entscheidungen zu beurteilen. Als ein ganz besonderes Problem erweist sich in diesem Zusammenhang vor allem die Auswahl von geeigneten Zielkriterien und die Quantifizierung der eingesetzten Mittel des öffentlichen Sektors,[513] da diese für die Prüfung von zwingend vorzunehmenden Manipulationen jedenfalls Auswirkungen auf das jeweilige Ergebnis haben.[514] Anders als im Bereich der erwerbsgerichteten Wirtschaft, wo der Erfolg vergleichsweise leicht am monetären Gewinn gemessen werden kann, stellen sich im Bereich der staatlichen Aufgaben ohne Gewinnziel - und damit auch und insb bei Aufgaben der allgemeinen Sicherheitspolizei - sowohl die Definition als auch die Messung von Effizienz als stark wertbehaftete politische Willensakte dar.[515]

Damit kann man schließlich auch für das verfassungsrechtliche Erfordernis der Effizienz feststellen, dass dem einfachen Gesetzgeber - aufgrund der erforderlichen Zurückhaltung des VfGH bei politischen Entscheidungen - ein relativ großer Gestaltungsspielraum verbleibt. Damit ist auch hier der Kontrollmaßstab für den VfGH ein sehr weitmaschiger.[516]

Nach einer Ausgliederung bzw Privatisierung trifft die jeweilige Gebietskörperschaft schließlich eine fortlaufende Beobachtungsverantwortung.[517] Erweist sich mit der notwendigen Deutlichkeit, dass eine bestimmte Maßnahme ineffizient gewesen ist, so hat die betreffende Gebietskörperschaft entsprechende Nachbesserungen vorzunehmen. Äußersten Falls kann sogar die Wiedereingliederung in die staatliche Verwaltung

---

[512] *Funk*, AC-Erk 60 f.
[513] *Lachmayer*, Ausgliederungen 763.
[514] Vgl *Funk*, Maßstäbe 275 ff, der zur Beurteilung des Gebarungserfolges die Bestimmung klarer Gebarungsziele und die Ableitbarkeit objektiver Maßstäbe für die Erfolgskontrolle fordert.
[515] *Funk*, Maßstäbe 276 f; *Arnold*, Effizienz und Legalitätsprinzip 7, 16 ff.
[516] *Korinek*, Bedingungen 49; *Korinek/Holoubek*, Privatwirtschaftsverwaltung 177 f, die von einem „beträchtlichen Einschätzungs- und Prognosespielraum“ sprechen. *Funk*, Maßstäbe 276, weist allerdings darauf hin, dass auch bei Wertentscheidungen die wissenschaftliche Diskussion insoweit möglich ist, als es um „Inhalt, das Zustandekommen und die faktischen Grundlagen von Wertentscheidungen, deren innere Stimmigkeit sowie die daraus abzuleitenden Schlussfolgerungen und die damit verbundenen Konsequenzen“ betroffen sind.
[517] *Holoubek*, Konsequenzen 43; *Baumgartner*, Ausgliederung 248.

notwendig werden.[518] Dabei ist aber auch zu bedenken, dass eine ex-post festgestellte Ineffizienz und die nachfolgende Wiedereingliederung bzw die Aufhebung der betreffenden gesetzlichen Ausgliederungs- bzw Privatisierungsmaßnahmen durch den VfGH theoretisch eine noch größerer Ineffizienz zur Folge haben kann. In dieser Variante wird es dann wohl beim geringen wirtschaftlichen Übel zu bleiben haben.[519]

6. Quantitatives Element

6.1 Der verfassungsgerichtliche Topos der „vereinzelten Aufgaben“

6.1.1 Skizzierung des Topos der „vereinzelten Aufgaben“

Im Austro-Control-Erkenntnis[520] hat der VfGH zum wiederholten Male[521] ausdrücklich klargestellt, dass die verfassungsrechtliche Ermächtigung des einfachen Gesetzgebers zu Beleihungen privater Rechtsträger mit hoheitlichen Kompetenzen nur für „vereinzelte Aufgaben“ bestehe. In keinem seiner bisherigen Judikate hat der Gerichtshof allerdings näher erklärt, was genau er unter „vereinzelten Aufgaben“ versteht bzw wie sich diese von „nicht mehr bloß vereinzelten Aufgaben“ abgrenzen lassen. Im oben genannten Erkenntnis hat der VfGH seine diesbezüglich schlanke Begründung darin bewenden lassen, als dass er die wesentlichsten Vollzugsbereiche des Luftfahrtgesetzes aufzählt, die unmittelbar durch staatliche Organe besorgt werden, und dass schließlich angesichts des „*Umfangs* und der *Bedeutung* der den Staatsorganen zur unmittelbaren Wahrnehmung verbleibenden Kompetenzen“[522] die der Austro Control GmbH zur Besorgung übertragenen Agenden vom VfGH als bloß vereinzelte Aufgaben *gewertet* werden.

[518] ZB *Holoubek*, Konsequenzen 43; *Baumgartner*, Ausgliederung 248 f; *Kucsko-Stadlmayer*, Reduzierung 182 f.
[519] So zutreffend *Lachmayer*, Ausgliederungen 763.
[520] VfSlg 14.473/1996.
[521] Siehe schon VfSlg 3685/1960; VfSlg 10.213/1984.
[522] VfSlg 14.473/1996; Hervorhebungen durch den Verfasser.

Indem der VfGH hier auf *Umfang*[523] und *Bedeutung*[524] der den Staatsorganen zur unmittelbaren Wahrnehmung verbleibenden Kompetenzen bzw Aufgaben abstellt wird deutlich, dass dem Merkmal der „vereinzelten Aufgaben" sowohl ein quantitatives Element (Umfang) als auch ein qualitatives Element (Bedeutung) zu entnehmen ist.[525] Dies ist insofern nicht ganz selbstverständlich, als das Wort „vereinzelt" eigentlich bloß auf die Quantität der übertragenen Kompetenzen abzustellen scheint.[526] Nach dem Verständnis des VfGH ist aber das Kriterium der „vereinzelten Aufgaben" nicht bloß im Sinn einer absolut geringen Zahl an zulässiger Weise auf nichtstaatliche Rechtsträger übertragbaren Kompetenzen zu sehen, sondern eben als relationale Messgröße im quantitativ-qualitativen Sinn hinsichtlich eines (irgendwie zu bestimmenden) Teilbereichs der staatlichen Verwaltung. In dieser Verknüpfung von Quantität und Qualität wird dann in weiterer Folge aber auch deutlich, dass sich der VfGH in gewisser Weise offenbar des Modells des beweglichen Systems bedient. Wie könnte es denn sonst zu verstehen sein, wenn er von „Umfang und Bedeutung der den Staatsorganen zur unmittelbaren Wahrnehmung verbleibenden Kompetenzen" und einer sich darauf beziehenden abschließenden „Wertung" spricht?[527]

Neben der Einsicht in die (vom VfGH nicht näher erläuterte) Aufspaltung in ein quantitatives und ein qualitatives Element sowie der Erkenntnis der höchstgerichtlichen Anwendung der Figur des beweglichen Systems in Bezug auf die Verknüpfung dieser beiden Elemente fördert das eben dargestellt Verständnis vom Kriterium der „vereinzelten Aufgaben" aber auch ein - oben bereits angedeutetes und, wie sogleich zu zeigen ist, nicht zu unterschätzendes - Problem ans Tageslicht. So ist nämlich nach Ansicht des VfGH offenbar stets eine entsprechende (einen bloßen Teilbereich der staatlichen Verwaltung abbildende) Referenzgröße zu finden, anhand derer Anzahl und Bedeutung der bei unmittelbar staatlichen Organen verbleibenden Kompetenzen zu den

[523] „Umfang" bezieht sich offenkundig auf die Zahl der übertragenen Kompetenzen.
[524] Was genau unter „Bedeutung" zu verstehen ist, sagt der VfGH nicht.
[525] Siehe *Funk*, AC-Erk 60; *Baumgartner*, Zivildienstverwaltung 76 f; *Lachmayer*, Ausgliederungen 756; vgl auch *Weichselbaum*, Berufsbeamtentum 174; dagegen versteht *Pabel*, Ausgliederung 223, das Kriterium der „vereinzelten Aufgaben" aber offenbar bloß in einem quantitativen Sinn; so wohl auch *Müller B.*, Regulierung 149.
[526] Ebenso *Lachmayer*, Ausgliederungen 756, mit Hinweis auf das Bedeutungswörterbuch des Dudens, wo als Synonyme für „vereinzelt" die Begriffe „selten", „rar", „wenig" genannt werden.
[527] Zur Anwendung der dogmatischen Figur des „beweglichen Systems" im öffentlichen Recht, siehe *Korinek*, System 243 ff.

auf funktionell-staatliche Organe zu übertragenden Kompetenzen in Beziehung zu setzen sind. Nach Ansicht des VfGH stellt diese Referenz- oder Bezugsgröße ganz offensichtlich einen je nach Prüfungsfall unterschiedlichen Bereich der staatlichen Verwaltung dar, ohne dass der VfGH aber näher angibt, wie bei der Definition oder Bildung einer solchen Bezugsgröße allgemein - und daher unabhängig von Einzelfall - vorzugehen ist. In VfSlg 14.473/1996 stellt er beispielsweise auf den „Bereich der Zivilluftfahrt" ab und bezieht sich hierbei speziell auf das Luftfahrtgesetz. Ganz ähnlich verfährt er in VfSlg 17.341/2004, wo er den „Bereich der Zivildienstverwaltung" anspricht und dabei vor allem das Zivildienstgesetz im Auge hat. In VfSlg 16.400/2001 erwähnt der VfGH dagegen keinen speziellen Teilbereich der staatlichen Verwaltung, dürfte sich aber im Zusammenhang mit der beim Kriterium der „vereinzelten Aufgaben" seiner Ansicht nach offenbar jedenfalls vorzunehmenden Bereichsabgrenzung wiederum insb auf das von ihm in Prüfung gezogene und in weiterer Folge in Teilen aufgehobene Wertpapieraufsichtsgesetz beziehen.[528] Daraus leuchtet zwar unverkennbar die Neigung des VfGH hervor, bei der Abgrenzung bzw Definition des als Bezugsgröße herangezogenen Teilbereichs der staatlichen Verwaltung auf das jeweilige zu prüfende Gesetz abzustellen. Es ist allerdings auch entsprechend zu berücksichtigen, dass der Gerichtshof darüber hinaus auch auf einen irgendwie zu bildenden (größeren) „Bereich" Bezug nimmt (in den konkreten Fällen: Zivilluftfahrt, Zivildienstverwaltung). Nähere Anhaltspunkte, wie nun eine derartige „Bereichsabgrenzung", innerhalb derer nach Ansicht des VfGH eine „Bereichsabwägung" der auf nichtstaatliche Rechtsträger übertragenen Kompetenzen im Verhältnis zu den bei unmittelbar staatlichen Organen verbleibenden Kompetenz stattzufinden hat, genau vorzunehmen ist, sind den einschlägigen verfassungsgerichtlichen Erkenntnissen jedoch nicht zu entnehmen.

Als Reaktion auf diese Unklarheit hat es daher im rechtswissenschaftlichen Schrifttum durchaus Versuche gegeben, das insofern entstandene Problem einer objektiv begründeten Lösung zuzuführen.[529] So wurde zB vorgebracht, die

[528] Beachte die Formulierung in VfSlg 16.400/2001 im Zusammenhang mit dem Kriterium der „vereinzelten Aufgaben": „Dabei ist darauf zu verweisen, dass mit *dem Gesetz* den am Kapitalmarkt tätig werdenden Unternehmen eine große Zahl von Verhaltenspflichten auferlegt wird" (Hervorhebung durch den Verfasser).
[529] Vgl dazu insgesamt auch *Lachmayer*, Ausgliederungen 756 f.

verfassungsrechtlichen Kompetenzbestimmungen zur Abgrenzung der jeweiligen „Bereiche“ heranzuziehen.[530] Ebenso ist in diesem Zusammenhang aber auch zu untersuchen, ob sich eventuell schon das jeweilige Materiengesetz bzw die Vollzugsaufgaben unmittelbar staatlicher Organe im Rahmen eines solchen Gesetzes zu Bildung einer Referenzgröße eignen; weist doch - wie oben dargestellt - gerade die Judikatur des VfGH in eben diese Richtung. Schließlich ist aber auch noch zu prüfen, ob die Bezugnahme auf das betreffende Rechtsgebiet einen tauglichen Ansatzpunkt zur Definition einer „Bereichsabgrenzung“ bildet. Wie sich aber bei näherem Hinsehen sogleich zeigt, vermag keiner dieser Ansätze zu überzeugen.

So spricht gegen die Heranziehung der Kompetenzbestimmungen als Bezugsgröße, dass es in der Entstehungsgeschichte des B-VG keinen in einer subjektiv-historischen Auslegung erkennbaren Ansatzpunkt dafür gibt, dass der Verfassungsgesetzgeber den Kompetenzbestimmungen eine solche Funktion beigemessen hat bzw dass er überhaupt nur im Entferntesten daran gedacht hätte, dass den Kompetenzbestimmungen eine solche Funktion in Hinkunft zukommen könnte.[531] Dementsprechend hat er auch bei ihrer Formulierung keine Rücksicht auf eine Verwendung als Bezugsgröße im hier gemeinten Sinn genommen. Die Entwicklung der Kompetenzverteilung war vielmehr von Anfang an von einem steten „föderalistischen“ Machtkampf zwischen dem Bund und den Ländern geprägt.[532] Deshalb stellt das heute bestehende Bild der Kompetenzordnung auch keine von einer homogenen Systematik gekennzeichneten „echten Ordnung“ an Gesetzgebungs- und Vollzugszuständigkeiten dar, sondern nur das Ergebnis eines permanent fortgebildeten politischen Kompromisses.[533]
Damit spricht aber mE auch eine systematisch-teleologische Interpretation gegen eine Heranziehung der Kompetenztatbestände zum Zwecke der Bestimmung von „vereinzelten Aufgaben“. Aufgrund ihres Kompromisscharakters ist nämlich zu bedenken, dass die Kompetenztatbestände einen sehr heterogenen Grad an inhaltlicher Reichweite umfassen. So ist zB das „Gesundheitswesen“ (Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG)

[530] So zB *Baumgartner*, Ausgliederung 255 FN 1215.
[531] Siehe dazu auch Punkt 9.2.2.2.
[532] Siehe dazu *Ermacora*, Entstehung 3 ff.
[533] Damit stellt auch die Kompetenzordnung (leider) keine Ausnahme von dem bildlich als „Ruine“ zu bezeichnenden heutigen Zustand der österreichischen Bundesverfassung dar; vgl dazu insb *Klecatsky*, Bundesverfassungsrecht 83 ff.

sehr allgemein und daher weit gefasst, während dagegen zB die „Wildbachverbauung“ (Art 10 Abs 1 Z 10 B-VG) sehr konkret und damit eng formuliert ist.[534] Ein System hinter der Kompetenzordnung der österreichischen Bundesverfassung scheint es daher insgesamt nicht zu geben.

Weiters darf man nicht übersehen, dass die Beteiligung nichtstaatlicher Rechtsträger an der Erfüllung von Aufgaben der staatlichen Verwaltung in Form von Ausgliederungen und Privatisierungen bzw damit einhergehenden Beleihungen nicht nur im Bereich des Bundes in Betracht kommen, sondern solche Maßnahmen auch auf Landes- und Gemeindeebene Anwendung finden. Nach der Generalklausel des Art 15 Abs 1 B-VG sind aber alle jene Angelegenheiten Landessache in Gesetzgebung und Vollziehung, die nicht ausdrücklich durch die Bundesverfassung dem Bund übertragen sind. Es erfolgt also auf Landesebene keine Aufzählung einzelner Kompetenzen. Somit scheidet für den Bereich der Länder die Kompetenzordnung als Bezugsgröße für die Bestimmung von „vereinzelten Aufgaben“ schon von vorn herein aus.[535] Da man aber davon auszugehen haben wird, dass das Kriterium der „vereinzelten Aufgaben“ unabhängig davon gilt, welche Gebietskörperschaft eine Beleihung gesetzlich anordnet, kommt somit die Kompetenzordnung schon aufgrund dieser Erwägungen als Bezugsgröße bzw als „Bereichsabgrenzung“ nicht in Frage.

Was die Heranziehung des betreffenden Materiengesetzes bzw der Vollzugsaufgaben unmittelbar staatlicher Organe im Rahmen des jeweils betreffenden Gesetzes anlangt, so muss man sehen, dass es hier der einfache Gesetzgeber selbst in der Hand hat, die so verstandene Bezugsgröße nach seinem Belieben zu verändern. Damit verliert aber eine in diesem Sinn verstandene Referenzmarke völlig ihren Wert.[536] So könnten zB durch einfaches legistisches „Zusammenziehen“ von solchen Gesetzen, in denen einschlägige unmittelbar staatliche Vollzugsaufgaben geregelt sind, eben diese Vollzugszuständigkeiten gebündelt und einer Beleihung gegenübergestellt werden. Würde sich die vom einfachen Gesetzgebers beabsichtigte Beleihung gegenüber

[534] Vgl *Lachmayer*, Ausgliederungen 757.

[535] Eine Heranziehung aller jener Aufgaben als Bezugspunkt, die aufgrund der Generalklausel in den Bereich der Länder fallen, wird in diesem Zusammenhang wohl niemand ernstlich vertreten.

[536] Vgl *Lachmayer*, Ausgliederungen 757, der in zutreffender Weise dieselbe Problematik auch bei einer Bezugnahme auf die im (einfachen) Bundesministeriengesetz geregelten Ressortzuständigkeiten sieht; im Ergebnis ebenso *Pöschl*, Gleichheit 310, im Zusammenhang mit der gleichheitsrechtlichen „Systemjudikatur“ des VfGH.

getrennt erlassenen Gesetzen gegebenenfalls noch als „nicht mehr vereinzelte Aufgabe“ darstellen und daher unzulässig sein, so kann sich dies bei einer entsprechend „Sammlung“ der unmittelbar staatlichen Zuständigkeiten in einem einzigen Gesetz schon ganz anders darstellen und im Verhältnis zu diesen zusammengezogenen Zuständigkeiten die angestrebte Beleihung eine bloß „vereinzelte Aufgabe“ bilden. Durch diese Gestaltungsmöglichkeit des einfachen Gesetzgebers verliert jedoch das Materiengesetz als eine eben genau diesem Gesetzgeber vorgegebenen Determinante ihren Sinn.

Schließlich ist auch die Heranziehung des jeweiligen Rechtsgebiets nicht geeignet, zu einer entsprechenden Bezugsgröße zwecks Bildung einer „Bereichsabgrenzung“ zu gelangen. Rechtsgebiete sind ja bekanntlich Schöpfungen der Rechtswissenschaft, und nicht solche des (Verfassungs-) Gesetzgebers. Insofern stehen Rechtsgebiete unterschiedlichen Verständnisweisen offen und können nicht durch die Methoden der rechtswissenschaftlichen Interpretation abgegrenzt werden.[537]

Insgesamt zeigt sich also, dass im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Zulässigkeit „nichtstaatlicher Erfüllungsbeteiligungen“ die Leistung einer entsprechend überzeugenden und „haltbaren“ dogmatischen Begründung einer auf einen bloßen Teilbereich der staatlichen Verwaltung bezogenen Referenz- oder Bezugsgröße doch ein großes Problem darstellt. Dies vor allem in Beachtung des Umstandes, dass ein solcher allgemeiner und genereller Ansatz zur Bildung einer „Bereichsabgrenzung“ zur Abwägung der zu übertragenden mit den bei unmittelbar staatlichen Organen verbleibenden verwaltungsrechtlichen Kompetenzen nicht nur im konkreten Einzelfall, sondern eben darüber hinaus grundsätzlich für alle Fälle der Übertragung hoheitlicher Kompetenzen auf nichtstaatliche Rechtsträger dogmatisch vertret- und begründbar sein muss.

[537] Vgl *Lachmayer*, Ausgliederungen 757.

6.1.2 Notwendige Trennung des quantitativen vom qualitativen Element

Wie die soeben erfolgte Skizzierung des vom VfGH herangezogenen Kriteriums der „vereinzelten Aufgaben“ gezeigt hat, sind es vor allem zwei Probleme, die sich mit diesem Topos verbinden:

- erstens, dass ein auf einen je bestimmten Teilbereich der staatlichen Verwaltung bezogenes allgemein-relationales Verständnis des Kriteriums der „vereinzelten Aufgaben“ große Probleme in der dogmatischen Begründbarkeit einer insoweit notwendigen Referenz- bzw Bezugsgröße mit sich bringt;
- zweitens, dass die Elemente Quantität („Umfang“) und Qualität („Bedeutung“) der in Frage stehenden verwaltungsrechtlichen Aufgaben und Befugnisse zwar im Topos der „vereinzelten Aufgaben“ Berücksichtigung finden, dass diese Elemente aber andererseits nicht jeweils für sich genommen dogmatisch begründet werden und daher das jeweilige Ergebnis (nämlich dass es sich etwa noch um „vereinzelte Aufgaben“ handelt oder eben nicht) in freier Willkür getroffen zu sein scheint. In dieser nicht näher offen gelegten Verknüpfung von Quantität und Qualität in ein und demselben Kriterium wurzelt dann aber letztlich auch die Gefahr dafür, dass die „Art“ bzw die „Bedeutung“ sowie der Umfang der auf nichtstaatliche Rechtsträger übertragenen bzw den bei unmittelbar staatlichen Organen verbleibenden Kompetenzen eventuell auch mehrmals berücksichtig wird (wie dies ja dann offenbar auch dem VfGH passiert ist; siehe dazu näher unten bei Punkt 7.2.3 zu den sogenannten „Kernaufgaben“).

Zur Ausarbeitung einer allgemeinen rechtsdogmatisch nachvollziehbaren Lösung dieser Problemlagen soll zuerst einmal der Versuch unternommen werden, das quantitative Element vom qualitativen Element schon vom grundsätzlichen Ansatz her „sauber“ und klar zu trennen und für beide Kriterien separat eine dogmatische Begründung zu bieten. Dass - wie sich später noch zeigen wird - die Elemente der Quantität und Qualität zum Zweck einer abschließenden Beurteilung der Zulässigkeit der Beteiligung nichtstaatlicher Rechtsträger an der Erfüllung von Aufgaben der staatlichen Verwaltung

stets gemeinsam zu betrachten sind, kann mE an der Notwendigkeit einer solchen systematischen Trennung dieser beiden Elemente nichts ändern. Vor allem dann nämlich, wenn es darum geht, absolute Grenzen aufzuzeigen, an denen definitionsgemäß jede (wie auch immer ausgestaltete) einfachgesetzlich verwirklichte „nichtstaatliche Erfüllungsbeteiligung" scheitern muss, wird eine undifferenzierte Vermengung von Quantität und Qualität der betroffenen Aufgaben und Befugnisse immer und unausweichlich das jeweils erzielte Ergebnis diffus und damit intersubjektiv keineswegs nachvollziehbar erscheinen lassen. Genau diesen Mangel gilt es aber - insb mit Blick auf die einschlägige Judikatur des VfGH - zu vermeiden bzw zu beheben.

6.2 Dogmatische Begründung einer notwendigen Beschränkung

6.2.1 Das Prinzip der demokratischen Legitimation der Verwaltung

6.2.1.1 Allgemeine Darstellung

Den Ausgangspunkt zu den folgenden Überlegungen bildet die schon aus den bisherigen Ausführungen wohl nicht zu übersehende Tatsache, dass nach Ansicht des VfGH das durch Art 20 Abs 1 B-VG und Art 77 Abs 1 B-VG konstituierte verfassungsrechtliche Organisationskonzept der staatlichen Verwaltung kein geschlossenes, sondern ein offenes Modell darstellt.[538] Abgesehen von den in der Verfassung ausdrücklich verankerten Möglichkeiten der sogenannten (territorialen[539] und „sonstigen"[540]) Selbstverwaltung sowie der weisungsfreien Verwaltungsführung iSd Art 20 Abs 2 B-VG sind nämlich nach dieser ständigen Judikatur des VfGH auch die im Wortlaut der Verfassung nicht ausdrücklich genannten Typen der funktionellen

[538] VfSlg 1455/1932; VfSlg 3685/1960; VfSlg 6570/1971; VfSlg 10.213/1984; VfSlg 14.473/1996.
[539] Art 115 ff B-VG über die Selbstverwaltung durch Gemeinden.
[540] Art 120a bis 120c B-VG, eingeführt durch BGBl I Nr 2008/2.

Privatisierung (also Beleihungen und andere, qualitativ „darunter" liegende Formen[541]) verfassungsrechtlich nicht schon von vornherein ausgeschlossen. Vielmehr ist unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen eine solche Sonderform der staatlichen Verwaltung grundsätzlich anerkannt und zulässig. Diese Erkenntnis des VfGH gründet vor allem auf einer historischen Interpretation der Verfassung, wonach das Phänomen der „Beteiligung von Organen von Nicht-Gebietskörperschaften an der staatlichen Verwaltung" bereits vom historischen Verfassungsgesetzgeber vorgefunden und insoweit stillschweigend anerkannt wurde.[542] In VfSlg 14.473/1996 hat der VfGH schließlich ausdrücklich erkannt, dass neben physischen Personen auch die Beteiligung privatrechtlich organisierter Kapitalgesellschaften (also insb GmbH und Aktiengesellschaften) an der Erfüllung staatlicher Verwaltungsaufgaben zulässig ist.

Es stellt sich nun aber beinahe schon zwangsläufig die Frage, ob dieses offene Organisationsmodell der Verwaltung etwa in einem solchen Sinn schrankenlos zu verstehen ist, als dass beliebig viele bisher vom Staat (jedenfalls im Rahmen der Hoheitsverwaltung[543]) wahrgenommene Tätigkeiten bedenkenlos auf nichtstaatliche Rechtsträger - und damit insb auch auf Private - übertragen werden können, oder mit anderen Worten: ob Art 77 Abs 1 B-VG nur jene Teilaspekte aus dem Bereich der Verwaltungsorganisation erfasst, die eben (schon) durch Gesetz den Bundesministerien und den ihnen unterstellten Ämtern zugewiesen wurden. Die Konsequenz eines solchen Verständnisses wäre dann, dass die genannte Bestimmung keine normative Bindungswirkung für den einfachen Gesetzgeber iSe quantitativen[544] Beschränkung im hier gemeinten Sinn entfaltet.[545] Ob der Bestimmung des Art 77 Abs 1 B-VG tatsächlich ein derartig „schrankenloses" Verständnis zugrunde zu legen ist, soll nun nachfolgend untersucht werden.

---

[541] Gemeint sind damit jene Fälle, in denen keine eigene Organstellung verliehen wird, wie die Erfüllungshilfe und Verwaltungsassistenz; siehe dazu oben Punkt 2.5.6.3 und 2.5.6.4.

[542] So ausdrücklich VfSlg 3685/1960; siehe weiters zB *Raschauer*, Art 77 B-VG Rz 38 ff; *Raschauer*, Grenzen 435; *Korinek*, Bedingungen 50 f; *Weichselbaum*, Berufsbeamtentum 170 f mH auf das „Gesetz vom 16.6.1872 betreffend die amtliche Stellung des zum Schutze einzelner Zweige der Landescultur aufgestellten Wachpersonales", RGBl 1872/84.

[543] Die Geltung einer aus Art 77 Abs 1 B-VG abgeleiteten umfänglichen Beschränkung von Ausgliederungen auch für den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung ist strittig; bejahend zB *Korinek*, Bedingungen 50; verneinend dagegen zB *Baumgartner*, Ausgliederung 83 ff.

[544] Zu den sich aus dem verfassungsrechtlichen Organisationskonzept der staatlichen Verwaltung iVm fundamentalen grundrechtlichen Erwägungen ergebenden qualitativen Grenzen, siehe unten Punkt 9.4.

[545] Vgl *Raschauer*, Art 77 B-VG Rz 39.

Die Beantwortung der aufgeworfenen Frage hat mE bei einer baugesetzkonformen Interpretation[546] der „einfach verfassungsgesetzlichen" Bestimmungen der Art 20 Abs 1 B-VG und Art 77 Abs 1 B-VG anzusetzen.[547] Denn nur so kann die möglichst weitgehende Verwirklichung der hinter den organisationsrechtlichen Bestimmungen stehenden Wertungen und Ziele des Bundesverfassungsgesetzgebers (also eben der im Stufenbau der Rechtsordnung am höchsten stehenden Baugesetze) erreicht werden.[548]
Vor diesem methodologischen Hintergrund ist zur Beantwortung der hier gestellten „quantitativen Frage" (also eben zur baugesetzkonformen Interpretation der oben genannten Bestimmungen der Art 20 Abs 1 B-VG und Art 77 Abs 1 B-VG) speziell das demokratische Baugesetz der österreichischen Bundesverfassung in den Blick zu nehmen. Als dessen wesentlicher Inhalt ist bekanntlich neben bzw gemeinsam mit der repräsentativ-demokratischen Staatswillensbildung durch periodisch gewählte Mandatare gemäß Art 24 ff B-VG (Bundesgesetzgebung) und Art 95 ff B-VG (Landesgesetzgebung) im Besonderen auch das Konzept der demokratischen Legitimation der staatlichen Verwaltung anzusehen. Dieses hat - jedenfalls unter Bezugnahme auf den vorliegenden Untersuchungsgegenstand der allgemeinen Sicherheitspolizei[549] - nach herrschender Meinung insb in Art 1 zweiter Satz B-VG iVm Art 18 Abs 1 B-VG iVm Art 20 Abs 1 B-VG ihren Ausdruck gefunden.[550]

Bei näherer Betrachtung dieser Systematik zeigt sich folgendes Bild: durch Art 1 B-VG („Österreich ist eine demokratische Republik. Ihr Recht geht vom Volk aus.") wird schon ganz grundlegend normiert, dass jegliche Rechtserzeugung und

---

[546] Siehe dazu zB *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 1 Rz 10.009; *Pernthaler*, Verfassungskern 26 ff, 57 ff.
[547] Dazu ausführlich jüngst wieder *Lachmayer*, Ausgliederungen 752 ff; *Müller B.*, Regulierung 306 ff.
[548] Ebenso *Lachmayer*, Ausgliederungen 753. Nur wiederholend sei hier angemerkt, dass sich derartige Wertungen und Ziele des Verfassungsgesetzgebers nach dem in dieser Arbeit herangezogenen Begriffsverständnis am ehesten als (induktiv zu ermittelnde) Staatsziele qualifizieren lassen, deren praktische Bedeutung insb in ihrer Funktion als Interpretationsmaßstab zu finden ist; idS auch *Pernthaler*, Verfassungskern 26 ff, 57 ff; *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 31.
[549] Damit soll nur zum Ausdruck gebracht werden, dass die Materie der allgemeinen Sicherheitspolizei weder im Rahmen der Selbstverwaltung gemäß Art 120a ff B-VG noch weisungsfrei iSd Art 20 Abs 2 B-VG zu vollziehen ist, sondern selbstverständlich unter den „Regelfall" der staatlichen Verwaltung des Art 20 Abs 1 B-VG fällt; siehe sogleich im Haupttext.
[550] Siehe insb *Merkl*, Demokratie 27 ff, 38 ff, 77 ff; weiters *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 2 Rz 27.042; *Grabenwarter/Holoubek*, Kollegialbehörden 202; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 356 ff; *Jabloner*, Weisung 708 ff, 711 ff; *Holoubek*, Verwaltungsorganisation 228 f; *Lachmayer*, Ausgliederungen 753 mit Hinweis auf *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Bundesverfassung 88; vgl auch *Öhlinger*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie 130 f, sowie *Weichselbaum*, Berufsbeamtentum 83 f.

Rechtsverwirklichung auf den Willen des Volkes rückführbar sein muss.[551] Diese Bindung bzw Rückführbarkeit allen staatlichen Handels auf den Volkswillen wird schließlich in ebenso grundlegender Weise einmal durch Art 18 Abs 1 B-VG festgelegt, wonach die gesamte staatliche Verwaltung nur aufgrund der Gesetze ausgeübt werden darf. Über diese allgemeine Bindung an das Gesetz hinaus ist aber auch zu sehen, dass die Staatswillensbildung keineswegs schon auf der Ebene der Gesetzgebung abgeschlossen wird und bei realistischer Betrachtung wohl auch gar nicht abgeschlossen werden kann.[552] Vielmehr setzt sich diese Staatswillensbildung bzw Rechtserzeugung ganz iSd des Stufenbaus der Rechtsordnung in den beiden Zweigen der Vollziehung (also Verwaltung und Gerichtsbarkeit) fort, bis sie schließlich in die einzelnen individuell-konkreten Akte der Rechtsverwirklichung mündet.[553] Um nun im Bereich der Staatfunktion Verwaltung auch diese „unterhalb" der Gesetzgebung stattfindende Rechtserzeugung entsprechend an den Willen des Volkes (sprich: an das durch die unmittelbar demokratisch legitimierten Mandatare geschaffene Gesetz) zu binden, hat sich der Verfassungsgesetzgeber (neben den Einrichtungen der Selbstverwaltung gemäß Art 120a ff B-VG und der weisungsfreien Verwaltungsführung gemäß Art 20 Abs 2 B-VG) insb für das Modell der hierarchisch organisierten Verwaltung nach Art 20 Abs 1 B-VG entschieden. So wird in dieser Bestimmung normiert, dass unter der Leitung der obersten Organe des Bundes und der Länder auf Zeit gewählt, ernannte berufsmäßige oder vertraglich bestellte Organe die Verwaltung nach den Bestimmungen der Gesetze führen. Hierbei sind diese Organe den ihnen vorgesetzten Organen für ihre amtliche Tätigkeit verantwortlich und an deren Weisungen gebunden.[554] Vermittelt durch diese Kette an Weisungsbindungen entlang der Verwaltungshierarchien vom jeweiligen obersten Organ bis hinunter zum selbst nicht mehr weisungsbefugten und daher nur mehr ausführenden Organ sowie den gegengerichteten (nämlich von unten nach oben verlaufenden) Verantwortlichkeiten[555] gipfelt die jeweils konkrete Verwaltungsführung

[551] Zum normativen Charakter des Art 1 zweiter Satz B-VG siehe insb *Oberndorfer*, Art 1 B-VG Rz 8; *Rill/Schäffer*, Art 1 B-VG Rz 4.
[552] So zB *Funk*, Verwaltungsakt 135 ff.
[553] Für den Bereich der Verwaltung siehe insb *Merkl*, Verwaltungsrecht 334 f; *Funk*, Verwaltungsakt 135 ff, 188; jüngst wieder *Müller B.*, Regulierung 314 ff.
[554] Jene Fälle, in denen Weisungen abgelehnt werden können bzw abgelehnt werden müssen, können im gegebenen Zusammenhang unbeachtet bleiben.
[555] *Merkl*, Demokratie 78.

dann letztlich in der rechtlichen[556] und politischen[557] Verantwortlichkeit des jeweiligen obersten Organs.[558] Diese rechtliche und politische Verantwortlichkeit wird wiederum vom Parlament und damit von den unmittelbar vom Volk gewählten Repräsentanten wahrgenommen, wodurch schließlich die Rückbindung der gesamten Verwaltungsführung an den demokratisch gebildeten Volkswillen gegeben ist. Neben dem rechtsstaatlichen Erfordernis entsprechend determinierter gesetzlicher Grundlagen soll insb auch auf diese Art und Weise dem willkürlichen Handeln der staatlichen Organe vorgebeugt werden,[559] um so in letzter Konsequenz den hinter allen (zum Teil erheblich voneinander abweichenden) Demokratiekonzepten stehenden Gedanken der Identität von Herrscher und Beherrschten zu verwirklichen.[560]

6.2.1.2 Die beiden Komponenten der demokratischen Legitimation

Dieses soeben allgemein und gesamthaft umrissene Konzept der demokratischen Legitimation der staatlichen Verwaltung lässt sich aus einer systematischen Betrachtung heraus weiters in eine personell-organisatorische sowie in eine - mit dieser Komponente allerdings eng zusammenhängende - sachlich-inhaltliche Komponente aufgliedern, die nun jeweils etwas näher betrachtet werden sollen.[561]

Aus personell-organisatorischer Sicht ist zunächst einmal die Art und Weise der Berufung der Organwalter in ihre jeweilige Funktion von Bedeutung. Wie schon angeführt spricht Art 20 Abs 1 B-VG hier ja von den *auf Zeit gewählten*, den *berufsmäßig ernannten* sowie von den *vertraglich bestellten* Organen. Wesentliches

---

[556] Im Rahmen der Möglichkeit einer Ministeranklage gemäß Art 76 Abs 1 B-VG.
[557] Insb durch Misstrauensvotum gemäß Art 74 Abs 1 B-VG.
[558] Grundlegend *Korinek*, Kontrollprobleme 101 ff mwN; *Schambeck*, Demokratie 174 ff; eingehend *Ermacora*, Kontrolle 511 ff; *Adamovich*, Kontrolle 541 ff; *Schwab*, Kontrolle 563 ff.
[559] Siehe nur *Merkl*, Demokratie S 77 ff; *Jabloner*, Weisung S 711 ff; *Berka*, Eingriff 37 ff.
[560] Die Grundlage hierzu bildet wiederum die Vorstellung von der (entweder bloß formellen oder einer darüber hinausgehende auch materiellen) Gleichheit aller Verbandsangehörigen; vgl zB *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 1 Rz 11.001 f; *Zippelius*, Staatslehre 270 ff. Im Übrigen weisen *Kelsen*, Demokratie 1 ff, und *Merkl*, Demokratie 9 ff, darauf hin, dass die Staatsform der Demokratie niemals einer simplen Ja-oder-Nein-Beurteilung zugänglich ist, sondern dass Demokratie je nach konkreter Ausgestaltung immer nur mehr oder weniger weit (also graduell) verwirklicht werden kann.
[561] Siehe dazu ausführlich insb *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993); *Müller B.*, Regulierung 318 ff mwN; weiters zB *Grabenwarter/Holoubek*, Kollegialbehörden 202 ff; *Kneihs*, Befehl 118 ff; *Lachmayer*, Polizeihandeln 420 ff; *Weiß*, Privatisierung 317 ff.

Anliegen des Verfassungsgesetzgebers ist es hierbei, dass sich die jeweiligen Berufungsakte wiederum auf den Willen des Volks zurückführen lassen.[562] Während diese vom Verfassungsgesetzgeber angestrebte personelle demokratische Legitimation bei den auf Zeit gewählten Organen geradezu ins Auge sticht, ergibt sie sich bei den berufsmäßig ernannten und den vertraglich bestellten Organen aus einer mehr oder weniger langen Kette von Ernennungs- bzw Bestellungsakte, die ihren Ausgangs- und Bezugspunkt wiederum bei einem direkten Volksentscheid bzw einer direkten Volkswahl findet.[563] In der Verknüpfung dieser unterschiedlichen - von der Verfassung aber offenbar als gleichwertig angesehenen[564] - Berufungsvarianten mit der in Art 20 Abs 1 B-VG ebenfalls normierten *Verantwortlichkeit* gegenüber Vorgesetzten und deren Recht/Pflicht zur *Leitung*[565] findet schließlich die personelle demokratische Legitimation der Organwalter ihre laufende Aktualisierung und findet damit auch das Problem der (fortschreitenden) Verdünnung der personellen demokratischen Legitimation durch Zeitablauf bei den Berufungsvarianten der Ernennung und der vertraglichen Bestellung seine Lösung.[566]

Neben dieser durch Berufung, Verantwortlichkeit und Leitung begründeten personell-organisatorischen Komponente der demokratischen Legitimation ist nun deren Ausprägung in sachlich-inhaltlicher Sicht zu behandeln. Diese äußert sich vornehmlich darin, dass auf die den Rechtsunterworfenen am ehesten bewusst werdende - weil gegenüber den Betroffen am unmittelbarsten in Erscheinung tretende - Verwaltungsführung in Form von Bescheiden, unmittelbaren Befehls- und

[562] Siehe zB *Müller B.*, Regulation 320 f; *Weichselbaum*, Berufsbeamtentum 143 ff.

[563] So ergibt sich im Falle der Ernennung der Bundesbeamten durch den Bundespräsidenten (Art 65 Abs 2 lit a B-VG) auf Vorschlag und Gegenzeichnung durch den jeweiligen Bundesministers (Art 67 B-VG) die demokratische Legitimation dieser solcherart Ernannten aus der direkten Wahl des Bundespräsidenten durch das Bundesvolk (Art 60 B-VG) sowie aus der rechtlichen und politischen Verantwortlichkeit der Bundesminister gegenüber dem ebenfalls direkt vom Volk gewählten Parlament. Werden die Beamten hingegen „direkt" von „ihrem" Ressortleiter ernannt, so ergibt sich die demokratische Legitimation einerseits daraus, dass der unmittelbar demokratisch legitimierte Bundespräsidenten gemäß Art 66 Abs 1 B-VG das Recht zur Beamtenernennung den Mitgliedern der Bundesregierung übertragen kann, sowie andererseits wiederum aus der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Bundesminister; vgl dazu zB *Weichselbaum*, Berufsbeamtentum 143 ff.

[564] So *Müller B.*, Regulation 323; vgl auch *Grabenwarter/Holoubek*, Kollegialbehörden 202 ff.

[565] Mit Leitung sind an dieser Stelle insb Maßnahmen im Sinne der Personalhoheit und der Organisationsgewalt gemeint (zu den von „Leitung" erfassten Elementen siehe insb *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 358, 384), nicht jedoch die Ausübung der Weisungsbefugnis in sachlich-inhaltlichen Sinn; siehe dazu sogleich weiter im Haupttext.

[566] Also ganz nach dem Prinzip „Bestätigung durch Belassung"; dazu ausführlich *Müller*, Regulation 324 ff, 327 f, unter Hinweis auf *Tschentscher*, Legitimation 54.

Zwangsmaßnahmen sowie verwaltungsbehördlichen Vollstreckungsakten vor allem durch die Ausübung des Weisungsrechts gemäß Art 20 Abs 1 B-VG Einfluss genommen wird bzw im Sinne einer steten „Reservehaltung" jederzeit Einfluss genommen werden kann.[567] Da durch die im parlamentarischen Prozess notwendigerweise allgemein gehaltenen Gesetze nur eine vergleichsweise „grobe" Steuerung der konkreten Verwaltungsführung erreicht werden kann, ist die Befugnis zur Weisungserteilung im Sinne einer entsprechenden „Feinsteuerung" zum Zwecke der Rückführbarkeit auch der individuell-konkreten Verwaltungsakte auf den Willen des Volkes von besonderer Bedeutung.[568] Letztlich kommt es ja überhaupt nur auf die Erzielung einer entsprechenden Übereinstimmung der tagtäglich in einer unüberschaubaren Vielzahl ergehenden individuell-konkreten Verwaltungsakte mit jenem Volkswillen an, der sich in den vom unmittelbar demokratisch legitimierten Parlament erlassenen Gesetzen äußert. So betrachtet stehen also die sachlich-inhaltliche Komponente der demokratischen Legitimation der staatlichen Verwaltung und damit die Möglichkeit zur Erteilung entsprechend verbindlicher Weisungen zur „Feinsteuerung" des Verwaltungshandels auch und insb in den untersten Stufen der Rechtsordnung durch das oberste Organ deutlich im Vordergrund des Interesses;[569] die personell-organisatorische Komponente hat dagegen zu diesem Zweck bloß dienende Funktion.[570] Damit ist zugleich aber auch klargestellt, dass immer dann, wenn ein - wenn auch nur geringer, aber doch vorhandener - Entscheidungs- bzw Handlungsspielraum bei der Erlassung bzw Setzung außenwirksamer Verwaltungsakte

[567] *Jestaedt*, Demokratie 342 f; *Müller B.*, Regulation 331 f, 347 f; siehe auch *Funk*, Verwaltungsakt 188; der Vollständigkeit halber sei auch angemerkt, dass eine entsprechende steuernde Wirkung auf das staatliche Verwaltungshandeln natürlich auch von der Möglichkeit der Beschreitung des (ordentlichen wie außerordentlichen) Rechtswegs durch den vom staatlichen Handeln unmittelbar Betroffenen sowie von der Kontrolle durch den Rechnungshof und der Volksanwaltschaft ausgeht; da diese Steuerungsinstrumente allerdings auch bei der Erfüllung von Aufgaben der Hoheitsverwaltung durch funktionelle Organe wirksam sind (so nämlich der umfassende Rechtsschutz sowie die Kontrolle durch die Volksanwaltschaft) bzw für den Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit nur von untergeordneter Bedeutung sind (so die Kontrolle durch den Rechnungshof; dies könnte allenfalls Bedeutung für die allgemeine Sachlichkeits- und Effizienzkontrolle haben), wird hier nicht weiter darauf eingegangen.

[568] So schon *Merkl*, Demokratie 79; jüngst wieder *Jestaedt*, Demokratie 342; *Müller B.*, Regulation 331 ff, 346 ff.

[569] Dieses aus einer rechtssystematischen Betrachtung der relevanten Bestimmungen erzielte Ergebnis wird im Übrigen auch durch die allgemeine Organisationslehre bestätigt, bei der es ebenfalls in mE einsichtiger Weise vorrangig und hauptsächlich um den Faktor „Produktion" (hier also: Rechtserzeugung und Rechtsverwirklichung) geht; siehe dazu skizzenhaft Punkt 8.

[570] *Müller B.*, Regulation 318, 322, demzufolge unter demokratischer Legitimation letztlich nichts anderes zu verstehen ist als die Inhaltskontrolle des Volkes über Rechtserzeugung und Rechtsverwirklichung; *Tschentscher*, Legitimation 125 ff.

gegeben ist, entsprechende demokratische Legitimation im Sinne einer sachlich-inhaltlichen Steuerungsmöglichkeit des obersten Organe auf die insoweit zuständigen (organisatorischen oder bloß funktionellen) Organe vorliegen muss.[571]

6.2.1.3 Die Rolle der Organe im organisatorischen Sinn

Wenn nun nach diesen Erörterungen zur demokratischen Legitimation der staatlichen Verwaltung zum Zwecke der Rückführbarkeit allen staatlichen Handelns an den sich im Parlament äußernden Volkwillen weiters Art 77 Abs 1 B-VG anordnet, dass zur Besorgung der Geschäfte der Bundesverwaltung die (organisatorisch in den Staatsaufbau eingegliederten) Bundesministerien und die diesen unterstellten Ämtern berufen sind, so ist gerade auch diese Bestimmung - die im gegebenen Zusammenhang aufgrund ihrer Ausdrücklichkeit in gewisser Weise als „Modellnorm“ bezeichnet werden könnte[572] - im Lichte der demokratischen Legitimation der staatlichen Verwaltung und damit letztlich im Lichte des demokratischen Baugesetzes der Bundesverfassung zu verstehen.[573] Da sowohl Art 20 Abs 1 B-VG als auch Art 77 Abs 1 B-VG ihrem Inhalt nach Aspekte der Führung der staatlichen Verwaltung regeln, sind beide Bestimmungen in untrennbarem Zusammenhang zu sehen. Durch das Zusammenwirken des Art 20 Abs 1 B-VG mit Art 77 Abs 1 B-VG wird also im Ergebnis das bundesverfassungsrechtliche Organisationskonzept der unmittelbaren Bundesverwaltung begründet.[574]

Dieses Konzept gilt nun aber darüber hinaus nicht nur für den Bereich der unmittelbaren Bundesverwaltung, obwohl sich Art 77 Abs 1 B-VG vom Wortlaut her lediglich an die diese richtet.[575] Vielmehr entfaltet es im Zusammenhalt mit den inhaltlich

---

[571] So zB *Weiß*, Privatisierung 317 ff; vgl auch *Funk*, Verwaltungsakt 135 ff, wonach gerade auch bei verfahrensfreien Verwaltungsakten (also unmittelbaren Befehls- und Zwangsmaßnahmen gemäß Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG sowie Verwaltungsvollstreckungsakten iSd VVG) den Exekutivbediensteten stets ein entsprechender Handlungs- und Entscheidungsspielraum verbleibt; daran anknüpfend auch *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 132 FN 565, 133 FN 567; siehe im Übrigen schon oben Punkt 2.5.6 zu den Typen der funktionellen Privatisierung in der Hoheitsverwaltung;

[572] Die „Modellhaftigkeit“ bezieht sich auf die inhaltlich vergleichbaren Bestimmungen der Art 101 Abs 1 B-VG und Art 102 Abs 1 B-VG, jeweils iVm § 3 Abs 1 BVG-AdLR; siehe dazu sogleich im Haupttext.

[573] *Holoubek*, Verwaltungsorganisation 228 f; *Lachmayer*, Ausgliederungen 755; vgl auch schon *Merkl*, Finanzdiktatur 187 f.

[574] Vgl *Lachmayer*, Ausgliederungen 753 ff mwN.

[575] *Raschauer*, Art 77 B-VG Rz 43, 45; *Korinek*, Bedingungen 49 f und FN 48.

vergleichbaren (nämlich ebenfalls auf staatliche Organe im organisatorischen Sinn bezogenen) Bestimmungen der Art 101 Abs 1 B-VG hinsichtlich der Landesverwaltung sowie Art 102 Abs 1 B-VG hinsichtlich der mittelbaren Bundesverwaltung - jeweils iVm § 3 Abs 1 BVG-AdLR - darüber hinaus als (Teil-) Inhalt des demokratischen Baugesetzes der Bundesverfassung[576] für die gesamte Staatsfunktion Verwaltung normative Wirkung, zumal ja auch von Art 20 Abs 1 B-VG neben dem Bereich der unmittelbaren Bundesverwaltung auch die Landesverwaltung erfasst wird und Art 103 Abs 1 und 2 B-VG die Weisungsbindung iSd Art 20 Abs 1 B-VG auch für den Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung normiert.[577] Dies bedeutet dann in letzter Konsequenz aber auch, dass stets „das Ganze" der staatlichen Verwaltung im Auge zu behalten ist, wenn es um das Thema ihrer demokratischen Legitimation geht.[578] Um allerdings im weiteren Verlauf dieser Arbeit nicht alle soeben genannten Bestimmungen immer wieder zitieren zu müssen, wird hinkünftig (nicht zuletzt auch aufgrund der erwähnten „Modellhaftigkeit" des Art 77 Abs 1 B-VG) nur mehr vom verfassungsrechtlichen Organisationskonzept der staatlichen Verwaltung iSd Art 20 Abs 1 B-VG iVm Art 77 Abs 1 B-VG gesprochen; gemeint ist damit aber immer das soeben Ausgeführte.

6.2.2 Abweichungen vom Grundsatz der Leitung iSd Art 20 Abs 1 B-VG

Das oben skizzierte verfassungsrechtliche Organisationskonzept der staatlichen Verwaltung geht also zusammenfassend davon aus, dass zur Herstellung entsprechender demokratischen Legitimation unter der Leitung rechtlich und politisch dem Parlament verantwortlicher oberster Bundes- oder Landesorgane staatliche Verwaltungsorgane im

[576] Zur Identifikation von bundesverfassungsrechtlichen Baugesetzen, vgl zB *Pernthaler*, Verfassungskern 52 ff.

[577] *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen 751 f; *Müller B.*, Regulation 145 f; zu erinnern ist hier insb auch an Art 99 Abs 1 B-VG, wonach (auch) die Landesverfassungen die Bundesverfassung nicht berühren (gemeint ist: für ihren Bereich abändern) dürfen.

[578] Siehe dazu schon *Merkl*, Verwaltungsrecht 362, unter Bezugnahme auf die Selbstverwaltung und der verfassungsrechtliche Stellung des Parlaments; weiters *Schäffer*, Erfüllung 73, wenn er davon spricht, dass durch das Ausmaß nichtstaatlicher Erfüllungsbeteiligungen die Verwaltungsorganisation (als Ganzes) nicht in ihrem Kern verändert werden darf; *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 30 FN 9; in diese Richtung aber auch schon der VfGH in VfSlg 3685/1960, wenn er im Zusammenhang mit den verfassungsrechtlichen Schranken für Ausgliederungen und Beleihungen von dem sich aus dem „Wesensgehalt der Bundesverfassung allgemein bestimmten Aufbau der staatlichen Verwaltung" spricht.

organisatorischen Sinn tätig werden, die ihrerseits direkt und unmittelbar an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe gebunden und diesen insoweit auch verantwortlich sind. Allerdings ergibt nach Ansicht des VfGH zugleich der Rückblick auf das Jahr 1920, dass auch die Einbindung nichtstaatlicher Rechtsträger in die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben nicht schon von vornherein ausgeschlossen ist. Wie sogleich zu zeigen sein wird, kann dies aber nichts am Ausnahmecharakter einer solchen Sonderform der Verwaltung ändern.

In diesem Zusammenhang ist nämlich zu beachten, dass die schon angesprochene Weisungsbindung gemäß Art 20 Abs 1 B-VG nach Ansicht des VfGH nur für staatliche Organe im organisatorischen Sinn unmittelbar gilt.[579] Werden entgegen dem oben umrissenen (grundsätzlichen, weil „offenen") Organisationskonzept der staatlichen Verwaltung aber solche Rechtsträger zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben herangezogen, die nicht in den organisatorischen Aufbau des Staates eingegliedert sind (und damit rechtlich selbständig bleiben[580]), sind zur Gewährleistung der Verantwortlichkeit des jeweiligen obersten Organs und damit der Verfassungsmäßigkeit der Verwaltungsführung iSd Art 20 Abs 1 B-VG entsprechende Anordnungs-, Aufsichts- und Sanktionsmöglichkeiten staatlicher Organe im organisatorischen Sinn (und damit letztlich wieder des obersten Organs) gegenüber diesen eben außerhalb der staatlichen Organisation stehenden Rechtsträgern herzustellen.[581]

Bei dieser Herstellung von Ingerenz (iSd Substitution der Anordnungs- und Aufsichtsmöglichkeit des Art 20 Abs 1 B-VG) gegenüber nichtstaatlichen Rechtsträgern darf aber auch nicht übersehen werden, dass diese in letzter Konsequenz wohl immer hinter der direkten und unmittelbaren Weisungsbindung gegenüber organisatorisch eigenem (nämlich staatlichem) Personal zurückbleiben wird.[582] Von wesentlicher Bedeutung ist hier nämlich, dass die (organisatorische) Bestimmung des Art 20 Abs 1 B-VG gegenüber unmittelbar staatlichem Personal auch dienstrechtlich umgesetzt und darüber hinaus vor allem durch das Disziplinarrecht der Beamten (inklusive

[579] Siehe insb VfSlg 16.400/2001.
[580] Vgl VfSlg 16.400/2001, wonach sogar bei selbständigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht von „unterstellten Ämter" iSv Art 77 Abs 1 B-VG gesprochen werden kann.
[581] Grundlegend zB *Korinek*, Bedingungen 46 ff; siehe dazu auch Punkt 8.
[582] *Lachmayer*, Ausgliederungen 754 f; *Kneihs*, Befehl 129; allgemein auch *Korinek*, Bedingungen 47.

entsprechend abgestufter Sanktionsmöglichkeiten) pönalisiert ist.[583] Auf etwaige Verstöße gegen die Weisungsbindung sowie auf andere Verletzungen dienstrechtlicher Pflichten kann daher im Zuge der Dienstaufsicht in angemessener Weise reagiert werden.[584] Gegen die Umsetzung einer vergleichbar umfassenden dienst- bzw arbeitsrechtlichen oder vertraglich begründeten Weisungsbindung inklusive entsprechender direkter und unmittelbarer Sanktionsmöglichkeiten auch gegenüber dem Personal privater Rechtsträger sprechen aber schon massive rechtspolitische Gründe, da derartige staatliche Einflussmöglichkeiten den privatwirtschaftlich (und damit idR erwerbswirtschaftlich) tätigen Rechtsträgern vor allem finanziell abzugelten wären. Bereits deshalb würden dann aber entsprechende einfachgesetzliche Vorhaben wohl auch schon an den äußersten verfassungsrechtlichen Grenzen des Sachlichkeits- bzw Effizienzgebot[585] scheitern.

Abseits solcher rechtspolitischen Überlegungen muss man aber auch sehen, dass bei einem Vergleich der Aufgabenerfüllung durch unmittelbar staatliche Organe mit der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben im Rahmen der Beteiligung nichtstaatlicher Rechtsträger die Weisungsgebundenheit zwar ein ganz wesentliches, zugleich aber bei Weitem nicht das einzige zu beachtende Moment darstellt. Von grundlegender Bedeutung ist nämlich auch, dass bei einer organisatorischen Eingliederung in den Staatsaufbau (also bei unmittelbar staatlichen Organen) neben der Weisungsbindung ebenso die Personalhoheit,[586] die Finanzhoheit[587] sowie die Organisationsgewalt[588] des jeweils zuständigen obersten Organs als Gesamtkonglomerat unter den umfassenden Begriff der Leitungsbefugnis iSd Art 20 Abs 1 B-VG fallen.[589] Im Gegensatz dazu ist bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch außerhalb der staatlichen

[583] So zB auch *Kneihs*, Befehl 125 FN 286; *Lachmayer*, Ausgliederungen 753; nach derzeitigem Stand der einfachgesetzlichen Rechtslage besteht gegenüber Vertragsbediensteten neben einer Ermahnung nur die Möglichkeit der Beendigung des Dienstverhältnisses durch Kündigung bzw Entlassung.
[584] Die besondere Bedeutung der disziplinären Verantwortlichkeit gerade im Polizeirecht betont jüngst wieder *Lachmayer*, Polizeihandeln 420.
[585] Siehe dazu oben Punkt 5.
[586] Aufnahme des Personals und Zuweisung zu den verschiedenen Einheiten, sowie die Wahrnehmung der bereits oben im Text angesprochenen Dienstaufsicht inklusive allfälliger disziplinärer Maßnahmen.
[587] Insb die Verfügung über die zugewiesenen Geldmittel.
[588] ZB die Gestaltung des Aufbaus der Organisationseinheit und Ablaufs innerhalb derselben sowie die Verfügung über die zugewiesen Sachmittel.
[589] Siehe dazu insgesamt insb *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 358, 384; *Raschauer*, Grenzen 434 ff; *Raschauer/Kazda*, Organisation 152; zustimmend *Korinek*, Bedingungen 47.

Organisation stehende Rechtsträger dieses Gesamtpaket an Leitungsbefugnis und die damit verbundene umfassende Ingerenzmöglichkeit des obersten Organs niemals in der gleichen Weise gegeben.[590] Wären nämlich alle oben erwähnten Elemente der umfassenden Leitungsbefugnis (Weisungsbefugnis, Personal- und Finanzhoheit sowie Organisationsgewalt) auch gegenüber selbständigen Rechtsträgern voll verwirklicht, so ließe sich umgekehrt eben gerade nicht mehr von selbständigen und damit außerhalb der staatlichen Organisation befindlichen Rechtsträgern sprechen.[591]

Im Ergebnis liegt daher im Fall der Beteiligung selbständiger nichtstaatlicher Rechtsträger an der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben kategorisch betrachtet eben eine andere als eine unmittelbar staatliche Aufgabenerfüllung und damit stets eine Abweichung von dem durch die Art 20 Abs 1 B-VG iVm Art 77 Abs 1 B-VG gezeichneten Organisationskonzept der Verwaltung vor.

Für die weitere Betrachtung ist nun ausschlaggebend, dass mit der gehäuften Vornahme solcher Abweichungen zwangsläufig und unvermeidlich - und zwar wie gezeigt auch bei noch so weitgehenden Ingerenzmöglichkeiten unmittelbar staatlicher Organe - die Leitungsbefugnis und damit die rechtliche und politische Verantwortlichkeit der

[590] So auch *Lachmayer*, Ausgliederungen 754 f, 762; *Korinek*, Bedingungen 47; *Raschauer*, Grenzen 435 f. Anders offenbar *Holoubek*, Verwaltungsorganisation 229 ff, insb 232, 237 ff, der allerdings nur auf den Teilbereich der Weisungsbefugnis der obersten Organe abstellt; dass die von Art 20 Abs 1 B-VG angesprochene Leitung durch die obersten Organe aber eben nicht nur aus dem Weisungsverhältnis gegenüber den ihnen nachgeordneten Organen besteht (sondern auch aus der Personal- und Finanzhoheit und sowie der Organisationsgewalt), übersieht entweder *Holoubek* oder misst diesen weiteren Elementen der solcherart umfassend verstandenen Leitungsbefugnis keine Bedeutung im Rahmen der Herstellung demokratischer Legitimation zu; eine nähere Begründung wird von *Holoubek* für diese seine Ansicht leider nicht gegeben; die Negierung der Tatsache, dass die umfassende Leitungsbefugnis eben nicht nur aus der Weisungsbefugnis besteht und die daraus von *Holoubek* - mE fälschlicher Weise - gezogene Schlussfolgerung, dass ein vollständiges „Leitungssubstitut" in Bezug auf die demokratische Legitimation möglich sei, ist dann letztlich wohl auch der Grund dafür, dass der genannte Autor der in dieser Arbeit vertretenen umfänglichen Beschränkung für funktionelle Privatisierungen bzw Ausgliederungen sowie etwaigen absoluten qualitativen Grenzen („Kernaufgaben") nichts abgewinnen kann. Auch *Müller B*., Regulation 223, 406, ist der Ansicht, dass die Leitungsbefugnis iSd Art 20 Abs 1 B-VG vollständig durch Ersatzmaßnahmen substituiert werden kann; allerdings legt auch er nicht dar, wie trotz der eigenen Rechtsträgerschaft der funktionellen Organen die Personal- und Finanzhoheit sowie die Organisationsgewalt zugunsten der obersten Organe gleichwertig ersetzt werden könnte. Im Ergebnis können daher mE die referierten Ansichten von *Holoubek* und *Müller B*. nicht überzeugen.

[591] Wohl ebenso *Raschauer*, Grenzen 435; im Ergebnis würde dann kein Unterschied mehr zu den in den organisatorischen Staatsaufbau eingegliederten Vertragsbediensten bestehen; mE jedoch unzutreffend *Schäffer*, Erfüllung 73 f, der offenbar der Ansicht ist, dass schon bei der bloßen Verankerung entsprechender Weisungsrechte eine Eingliederung in den staatlichen Organkomplex vorliegen würde; kritisch zu dieser Ansicht von *Schäffer* insb auch *Potacs*, Devisenbewirtschaftung 104 f; siehe dazu auch noch einmal unten Punkt 9.3.2.2.

obersten Organe im Vergleich zur Erfüllung der Verwaltungsaufgaben durch unmittelbar staatliche Organe jeweils um ein bestimmtes (weiteres) Maß herabgesetzt wird, was in letzter Konsequenz stets und unvermeidbar die sukzessive Abschwächung der demokratischen Legitimation der Staatsfunktion Verwaltung als Gesamtheit bedeutet.[592] Letzten Endes wird man daher ab einem bestimmten Punkt bei der Heranziehung nichtstaatlicher Rechtsträger zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben zur Feststellung kommen müssen, dass aufgrund der schon bis zum Zeitpunkt der jeweiligen Betrachtung vorgenommenen „nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligungen" und der dadurch bereits insgesamt herabgesetzten demokratischen Legitimation der staatlichen Verwaltung ihre weitere Abschwächung - und zwar auch unter Beachtung der „Offenheit" des Konzepts - verfassungsrechtlich (nämlich iSd Art 20 Abs 1 B-VG iVm Art 77 Abs 1 B-VG, die sich ja insoweit - wie oben erwähnt - auf die staatliche Verwaltung als Gesamtheit beziehen) nicht mehr hingenommen werden kann.[593] Dass

[592] Insb *Funk*, BWA-Erk („Entwicklungen, die im Ergebnis zu einer schleichenden De-Effektivierung verfassungsrechtlicher Prinzipien führen"); *Funk*, Erosion („Prozesse der allmählichen Veränderung durch nachhaltige Einwirkungen in kleinen Wirkungseinheiten – Prozesse, die langfristig zu einem Umschlagen von Quantität in Qualität führen können") und 14 („Erosion im Bereich von verfassungsrechtlichen Kautelen und Wirkungszusammenhängen"); weiters *Lachmayer*, Ausgliederungen 756, wenn er feststellt, dass sich mit jeder Entstaatlichung der - dem Prinzip der demokratischen Legitimation entgegenlaufende - Handlungsspielraum vergrößert und insoweit Quantität zur Qualität wird; mE genauso zutreffend ist sein in diesem Zusammenhang gemachter Hinweis in FN 50, dass die Beleihung mit einer sehr umfangreichen Befugnis mehreren Beleihungen mit geringfügigen Ermächtigungen durchaus gleichwertig sein kann (siehe dazu insb unten Punkt 9.1); insofern kann aber auch das von *Rill*, Kernaufgaben 104, angesprochene Problem der Summierung einzelner Aufgaben systematisch im verfassungsrechtlichen Prinzip der demokratischen Legitimation eingeordnet werden; siehe auch *Weichselbaum*, Berufsbeamtentum 174, die im gegebenen Zusammenhang ganz generell von einem „Übermaß an Herausnahmen von der Hoheitsverwaltung zurechenbaren Aufgaben aus der Verwaltungshierarchie" spricht. Dies alles übersieht aber offenbar *Merli*, PPP 66, der der quantitativen Argumentation im hier gemeinten Sinn schon vom Grundsatz her kein Verständnis entgegenbringen kann; auch *Holoubek*, Verwaltungsorganisation 229 ff, und *Müller B.*, Regulation 223 ff, bestreiten eine prinzipielle umfängliche Beschränkung für funktioneller Privatisierungen, da ihrer Ansicht nach die von der Verfassung iSd Art 20 Abs 1 B-VG iVm Art 77 Abs 1 B-VG geforderte demokratische Legitimation vollständig ersetzt werden könne.

[593] So wohl auch zB *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 41 („Die verfassungsrechtliche Grenze der Ausgliederung bildet die Aushöhlung der verfassungsmäßigen Prinzipien und Wertvorstellungen"); *Damjanovic*, Behörden 223 f; *Jabloner*, Weisung 710 f; *Hiesel*, Verfassung 117 ff, 120 ff, 168 ff. Wie unschwer zu erkennen ist, deckt sich die hier vertretene Auffassung vom argumentativen Ansatz her auch mit der vom VfGH entwickelten Judikatur zu den in der jüngeren Vergangenheit gehäuft vorgenommenen verfassungsgesetzlichen „Berichtigungen" verfassungsgerichtlich aufgehobener einfachgesetzlicher Bestimmungen (so insb in grund- und kompetenzrechtlichen Angelegenheiten); siehe dazu die zahlreichen Nachweise aus Literatur und Judikatur zB bei *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 1 Rz 10.011; *Funk*, Formenmissbrauch 67 ff; *Mayer*, Kommentar 224; *Schambeck*, Gedanken 726 ff; *Pernthaler*, Verfassungskern 73 ff und FN 345, der allerdings einer quantitativen Betrachtungsweise kritisch gegenüber steht und nur eine qualitative Beurteilung hinsichtlich jedes Einzelfalls anerkennt; eine Ausnahme lässt er nur dann zu, wenn diese Einzelfälle inhaltlich derart ineinander greifen, dass eine inhaltliche Gesamtbetrachtung notwendig ist, um eine Gesamtänderung iSd Art 44 Abs 3 B-VG erkennen

dies natürlich eine dementsprechend große Herausforderung an die möglichst intersubjektiv nachvollziehbare Begründung jener Entscheidung bedeutet, ab welchem Punkt denn nun tatsächlich eine weitere Abschwächung der demokratischen Legitimation der staatlichen Verwaltung als Gesamtheit betrachtet nicht mehr hingenommen werden kann, ist mir bewusst, kann aber mE - bedingt durch die Ergebnisse der bisherigen Untersuchung und den Mangel an hinreichend klaren verfassungsrechtlichen Bestimmungen - an der Notwendigkeit einer solchen Grenzziehung durch den „entstaatlichungswilligen" einfachen Gesetzgeber bzw letztlich durch den nachprüfenden VfGH nichts ändern.[594] Zu denkbaren Versuchen einer solchen Grenzziehung siehe im Übrigen unten bei Punkt 9.2.2.

6.3 Zwischenergebnis

Damit kann nun die im vorigen Punkt aufgeworfene Frage, ob etwa Art 20 Abs 1 B-VG iVm Art 77 Abs 1 B-VG hinsichtlich der Zulässigkeit einfachgesetzlich verwirklichter nichtsstaatlicher Erfüllungsbeteiligungen (auch) im Sinne einer grundsätzlichen quantitativen Beschränkung verstanden werden kann, vorerst einmal bejaht werden[595] (zum „vollständigen" Ergebnis siehe jedoch unten Punkt 9.1, wo gezeigt wird, dass neben der reinen Anzahl nichtstaatlicher Erfüllungsbeteiligungen auch die Qualität der davon betroffenen Aufgaben und Befugnisse entsprechend zu beachten ist). Wie soeben gezeigt, findet dieses Ergebnis letztlich im Prinzip der demokratischen Legitimation der staatlichen Verwaltung seine Begründung und ist im Wege einer baugesetzkonformen Interpretation der oben genannten Bestimmungen zu erzielen.

---

zu können; genau eine solche inhaltliche Gesamtbetrachtung ist aber mE in gegebenem Zusammenhang mit Blick auf die demokratische Legitimation der Staatsfunktion Verwaltung notwendig.

[594] Damit trete ich auch klar der Aussage von *Kobzina*, Rechtsstaat 344, entgegen, der offenbar nur deshalb der in der vorigen FN erwähnten Judikatur des VfGH zu einer „schleichenden Gesamtänderung" der Bundesverfassung nicht folgt, weil mit einer quantifizierenden Sichtweise notwendiger Weise nicht unerhebliche Schwierigkeiten in der Begründung einer allenfalls aufhebenden Entscheidung verbunden sind. Auftauchende Schwierigkeiten bei der Lösung eines Problems können aber doch nichts an der Existenz des Problems als solchem ändern! Daher ganz iSd hier vertretenen Auffassung auch zB *Hiesel*, Verfassung 3, der zutreffender Weise feststellt, dass die dem einfachen Gesetzgeber durch die Verfassung gezogenen Grenzen durch rechtswissenschaftliche Interpretation oftmals nicht in präziser - vor allem aber nicht in allgemein konsensfähiger Weise - zu ermitteln sind. Gerade deshalb sollte daher insb in solchen Fällen im Interesse einer möglichst weitgehenden intersubjektiven Nachvollziehbarkeit und Akzeptanz der - vom VfGH jedenfalls zu treffenden - Entscheidungen (bzw Wertungen; Unmöglichkeit der Verweigerung einer Entscheidung wegen non liquet!) besondere Sorgfalt in den jeweiligen Begründungen an den Tag gelegt werden; siehe dazu auch unten Punkt 9.2., insb 9.2.3.

[595] Im Ergebnis ebenso ausdrücklich *Raschauer*, Art 77 B-VG Rz 40; *Korinek*, Bedingungen 50.

Ebenso lässt sich nach den obigen Erörterungen zur baugesetzkonformen Interpretation der Art 20 Abs 1 B-VG iVm Art 77 Abs 1 B-VG als Ergebnis schon jetzt festhalten, dass zu der Begründung einer - auch unter quantitativen Gesichtspunkten bestehenden - absoluten Grenze für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Phänomens der „Beteiligung nichtstaatlicher Rechtsträger an der Erfüllung von staatlichen Verwaltungsaufgaben“ in letzter Konsequenz nur die staatliche Verwaltung als Gesamtheit bzw das Gesamtmaß ihrer demokratischen Legitimation als Bezugsgröße in Betracht kommen kann.

Vermittels dieser jedenfalls notwendigen Bezugnahme auf die staatliche Verwaltung als Gesamtheit lässt sich nun an dieser Stelle als Ergebnis aber auch festhalten, dass eine - im Sinne der in Punkt 6.1.1 referierten Judikatur des VfGH - ganz generell vorzunehmende „Bereichsabgrenzung“ (also der Definition eines bloßen Teilbereichs der staatlichen Verwaltung) zum Zwecke der „Bereichsabwägung“ (also der Abwägung der in dem solcherart erkorenen Bereich bei unmittelbar staatlichen Organen verbleibenden Kompetenzen mit den auf nichtstaatliche Rechtsträger übertragenen Aufgaben und Befugnissen) zur Beurteilung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von „nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligungen“ verfassungsrechtlich weder allgemein erforderlich noch zu einer abschließenden Gesamtbeurteilung einer einzelnen konkreten „nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligung“ ausreichend ist.
Eine „Bereichsabgrenzung“ zum Zweck einer „Bereichsabwägung“ hat daher mE vielmehr nur dann stattzufinden, wenn dies für den von einer „nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligung“ betroffenen staatlichen Betätigungsbereich entweder schon aufgrund einer besonderen verfassungsrechtlichen Bestimmung konkret und ausdrücklich angeordnet ist oder wenn sich eine derartige Notwendigkeit für einen schon auf Verfassungsebene einheitlich angesprochenen Verwaltungsbereich zumindest schlüssig nachweisen lässt (was allerdings - wie nicht zuletzt auch die Überlegungen in Punkt 6.1.1 gezeigt haben - wohl jeweils nur die Ausnahme sein wird).[596] Aber selbst in

[596] Vgl dazu insb das mE nach beste Beispiel des Art 20 Abs 2 Z 6 B-VG, wo der Verfassungsgesetzgeber im Zusammenhang mit der - der Einbindung nichtstaatlicher Rechtsträger in die die staatliche Verwaltung durchaus ähnlichen (*Baumgartner*, Ausgliederung 45 f; siehe dazu auch Punkt 9.3.1) - einfachgesetzlichen Weisungsfreistellung von Verwaltungsorganen ausdrücklich anordnet, dass im *Bereich des Dienst- und Disziplinarrechts nur einzelne Angelegenheiten betroffen* sein dürfen; vgl dazu zB *Fischerlehner*, Verwaltungsbehörden 420 f.

einem solchen speziellen Fall einer schon verfassungsrechtlich angeordneten „Bereichsabwägung“ führt - wie eben gesagt - de lege lata kein Weg an einer abschließenden Letztbeurteilung am Maßstab der demokratischen Legitimation der staatlichen Verwaltung als Gesamtheit vorbei; eine (wie gesagt: wohl nur ausnahmsweise) durchzuführende „Bereichsabwägung“ kann daher mE nach geltender Verfassungsrechtslage bestenfalls nur eine Zwischenstufe in der verfassungsrechtlichen Beurteilung einer „nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligung“ sein, niemals aber schon ihr Endpunkt[597] (siehe dazu insgesamt und genauer noch einmal in Punkt 9). Ob nun auch für den konkreten Untersuchungsgegenstand der allgemeinen Sicherheitspolizei eine solche - schon aufgrund des Verfassungsrechts angeordnete - „Bereichsabgrenzung“ vorzunehmen ist, wird schließlich in Punkt 7.3.3 näher erörtert und beantwortet.

7. Qualitatives Element

7.1 Einleitende Bemerkungen

Das Prinzip der demokratischen Legitimation der staatlichen Verwaltung als konstituierender Bestandteil des demokratischen Baugesetzes der österreichischen Bundesverfassung bedingt aber wohl nicht nur eine mengenmäßige Beschränkung hinsichtlich der Zulässigkeit von Maßnahmen der „nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligung“. Bereits ein erster Blick auf die „materielle Seite“ des rechtsstaatlichen Baugesetzes lässt in diesem Zusammenhang nämlich vermuten, dass die genannte demokratische Legitimation hinsichtlich mancher Aufgaben der staatlichen Verwaltung (bzw für manche mit solchen Aufgaben verbundenen Erfüllungstätigkeiten) offenbar stärker verwirklicht sein muss als für andere.[598] Dies bringt nunmehr auch der durch BGBl I Nr 2008/2 novellierte Art 20 Abs 2 B-VG klar zum Ausdruck, wenn er im Zusammenhang mit einfachgesetzlich weisungsfrei gestellten Organen normiert:

[597] Die Ausführungen in VfSlg 14.473/1996 und den Folgeerkenntnissen zum Kriterium der „vereinzelten Aufgaben“ sind daher mE nicht schon von vornherein falsch, aber jedenfalls unvollständig, da eine abschließende Bezugnahme auf die „Verträglichkeit“ der jeweils geprüften Ausgliederung, Privatisierung bzw Beleihung mit der staatlichen Verwaltung als Gesamtheit unterblieben ist.
[598] Vgl *Raschauer*, Kontrolle 26 f.

"Durch Gesetz ist *ein der Aufgabe* des weisungsfreien Organs *angemessenes Aufsichtsrecht* der obersten Organe vorzusehen, (…)".[599]

Damit ist also nun auch die Frage des Einflusses des qualitativen Elements staatlicher Aufgaben auf die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einfachgesetzlicher Maßnahmen der „nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligung" angesprochen. Dazu ist an dieser Stelle sogleich einmal festzuhalten, dass als Qualität einer Aufgabe (bzw der zu ihrer Erfüllung notwendigen Handlungen) ihre rechtlich anerkannte Wichtigkeit gemeint ist.[600] Diese Wichtigkeit muss also auch im positiven Recht ihren dogmatischen Ausdruck gefunden haben. Lediglich gesellschaftspolitisch oder rechtsphilosophisch begründete „Wichtigkeiten", die keine hinreichend „erkennbare" positivrechtliche Materialisierung erfahren haben, sind im Rahmen einer rechtsdogmatischen Arbeit nicht zu behandeln. Damit ist zugleich aber auch klargestellt, dass hinsichtlich einer solchen „qualitativen" Erforschung der Verfassungsrechtsordnung jene Bestimmungen von Relevanz sind, in denen die vom Verfassungsgesetzgeber vorgenommenen Wertungen am ehesten zum Ausdruck kommen.[601] Von besonderem Interesse sind hier einmal verfassungsrechtliche Organisationsbestimmungen[602] sowie verfassungsrechtliche Staatsaufgaben[603], aber natürlich auch - und wie zu zeigen sein wird: vor allem - die Grundrechte als der eigentlich („echte") werthafte Teil der Verfassung.[604]

Im Folgenden möchte ich zunächst einmal darstellen, was der VfGH zum qualitativen Element der von Ausgliederungen und Privatisierungen betroffenen verwaltungsrechtlichen Aufgaben und Befugnisse erkannt hat. Da bereits in den obigen

---

[599] Hervorhebungen durch den Verfasser.

[600] ZB *Heller*, Kernaufgaben 246; vgl auch schon *Kelsen*, Reine Rechtslehre 16 ff, unter ausdrücklicher Zustimmung von *Adamovich*, Demokratie und Rechtsstaat 48; weiters *Hiesel*, Verfassung 47 ff.

[601] Im Gegensatz zum zuvor behandelten quantitativen Element steht hier also nicht das objektive System der staatlichen Verwaltung ohne Bezug zu einer bestimmten staatlichen Aufgabe zur Erörterung; im Rahmen der Darstellung des qualitativen Elements geht es viel mehr um die rechtlich anerkannte Wichtigkeit bzw Bedeutung der Erfüllung ganz bestimmter staatlicher Aufgaben. Dass dabei auf je konkrete rechtliche Bezugspunkte (also die von der Aufgabenerfüllung Betroffenen) zu reflektieren ist, wird noch zu zeigen sein; siehe dazu in Punkt 7.4.

[602] Die nähere Interpretation kann hier ja unter Umständen das Ergebnis zu Tage fördern, dass mit der Schaffung entsprechender organisatorischer Einheiten gleichzeitig auch deren ausschließliche Zuständigkeit zur Besorgung bestimmter Aufgaben gemeint ist; vgl zB *Baumgartner*, Ausgliederung 34 f; *Kneihs*, Befehl 60 f.

[603] Gerade durch die Erlassung von Staatsaufgaben bringt der Staat (bzw die jeweilige staatliche Teileinheit, also Gebietskörperschaften) unübersehbar zum Ausdruck, dass er dem von der Aufgabe erfassten Sachbereich besondere Bedeutung beimisst.

[604] *Adamovich*, Recht und Politik 5; *Schambeck*, Grundwerte 331 f; zum Zusammenhang zwischen Demokratie und Grundrechten, siehe zB allgemein *Schambeck*, Demokratie 240 ff.

Ausführungen das qualitative Element des verfassungsgerichtlichen Kriteriums der „vereinzelten Aufgaben“ genannt und gleichzeitig festgestellt wurde, dass hierzu eine nähere Erläuterung von Seiten des VfGH unterblieben ist, bleibt hier im Wesentlichen nur mehr der Begriff der „Kernaufgaben“ aus einer kritischen Perspektive heraus näher zu beleuchten.

Im Anschluss an diese Erörterungen möchte ich im Rahmen eines eigenen Ansatzes versuchen zu zeigen, wie die Materie der allgemeinen Sicherheitspolizei konkreten verfassungsrechtlichen Niederschlag gefunden hat. Hierbei soll zuerst von einem staatsrechtlichen Ansatz her untersucht werden, ob sich vielleicht schon in den organisatorischen Bestimmungen in Bezug auf Sicherheitsbehörden und Wachkörper gemäß Art 78a ff B-VG etwaige absolute Grenzen für funktionelle Privatisierungen finden lassen. In diesem Zusammenhang sollen hier aber auch alle anderen dem objektiven Staatsrecht zu entnehmenden verfassungsrechtlichen Ansatzpunkte entsprechend beleuchtet werden, die Aufschlüsse über die rechtlich positivierte Bedeutung der Materie „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit“ geben können.

Abschließend werde ich dann auch noch das „subjektive“ Staatsrecht (verstanden als die auf das einzelne Rechtssubjekt bezogenen verfassungsrechtlichen Bestimmungen) - also insb den grundrechtlichen Teil der Verfassung - auf seine normativen Vorgaben für das staatliche Organisationsrecht hin untersuchen. In wohl unübersehbarer Weise soll damit der vom VfGH in seiner Zivildienst-Entscheidung getätigte Hinweis aufgegriffen werden und auf die dogmatischen Grundlagen hin untersucht sowie schließlich in Bezug auf die normativen Vorgaben für das untersuchungsleitende Thema konsequent „zu Ende gedacht“ werden.

7.2 Der verfassungsgerichtliche Topos der „Kernaufgaben“

7.2.1 Allgemeines

Als ganz zentrales Kriterium zur Bestimmung der verfassungsrechtlichen (Un-) Zulässigkeit von Ausgliederungen bzw Beleihungen haben sich in der Judikatur des VfGH die sogenannten „Kernbereiche“ bzw „Kernaufgaben“ der staatlichen Verwaltung erwiesen.[605] Gehört demnach eine Aufgabe zum „Kernbereich“ bzw zu den „Kernaufgaben“, so muss sie von staatlichen Organen im organisatorischen Sinn erfüllt werden. Ihre Besorgung durch nichtstaatliche Rechtsträger ist damit jedenfalls verfassungswidrig.[606] Damit ist zugleich aber auch klargestellt, dass dieses Kriterium nach dem Verständnis des VfGH ebenfalls (zumindest vordergründig) eine fixe Grenze darstellt und einer Abwägung mit den Kriterien der „vereinzelten Aufgaben“ und der Ingerenz nicht zugänglich ist.[607]

Um dieses Kriterium ranken sich auch die meisten Probleme und Unsicherheiten in der Rechtsprechung und Literatur.[608] Dies liegt zum Einen daran, dass sich die einschlägige verfassungsgerichtliche Judikatur hauptsächlich an dieses Kriterium hält, um einfachgesetzliche Bestimmungen im Zuge von Ausgliederungen bzw Beleihungen aufzuheben,[609] gleichzeitig aber nicht (ausreichend) erläutert, warum gerade in den konkreten Fällen eine „Kernaufgabe“ vorliegen soll und wie sich „Kernaufgaben“ gegenüber anderen Staatsaufgaben abgrenzen lassen. Zum Anderen bedient sich der VfGH im Rahmen dieses Kriteriums einer auffallenden Begriffsvielfalt, die das ihre zur Unsicherheit und Verwirrung im Umgang mit „Kernbereichen“ bzw „Kernaufgaben“

---

[605] Siehe VfSlg 16.400/2001; VfSlg 16.995/2003; VfSlg 17.341/2004. *Hengstschläger*, VVDStRL 54, 174, und ihm folgend auch andere Autoren bevorzugen dagegen die Bezeichnung „genuine Staatsaufgaben“.

[606] Siehe insb VfSlg 16.400/2001, wo der VfGH die von *Funk*, AC-Erk 60, aufgeworfene Frage verneint hat, ob auch bei Kernaufgaben bzw Kernbereichen „vereinzelte Aufgaben“ (bzw ihre Erfüllung) ausgelagert werden könnten; siehe auch *Heller*, Kernaufgaben 246; aus der Judikatur vgl weiters VfSlg 16.995/2003; VfSlg 17.341/2004.

[607] Kritisch zur dieser Starrheit insb *Korinek*, Bedingungen 52; *Lachmayer*, Ausgliederungen 761; beide Autoren bevorzugen ein bewegliches System, nach dem ein schwächer ausgebildetes Kriterium durch ein stärker ausgeprägtes ausgeglichen werden kann.

[608] Siehe dazu insb die kritischen Ausführungen bei *Raschauer*, Rechtsfortbildung 18 ff; *Raschauer*, Kernaufgaben 107 ff.

[609] Auch *Lachmayer*, Ausgliederungen 753, sieht in den „Kernaufgaben“ das zentrale Prüfkriterium des VfGH.

beiträgt. Die nachfolgenden Bemerkungen sollen nun die mit dem vorliegenden Kriterium verbundenen Schwierigkeiten näher darstellen.

7.2.2 Begriffsvielfalt

An dieser Stelle ist sogleich auf die in der Literatur und Judikatur anzutreffende diversifizierende Begrifflichkeit und die an ihr geübte Kritik einzugehen.[610] So wird das gegenständliche Kriterium einmal als „Kernbereich(e)“[611] bezeichnet, dann wieder als „Kernaufgaben“. Aber auch Bezeichnungen wie „nicht ausgliederbare Aufgaben“ und „Kerngebiet“ sind zu vernehmen. Es erscheint daher angezeigt, auch hier eine kurze Begriffsklärung vorzunehmen.

Im Austro-Control-Erk nannte der VfGH „*etwa*[612] (…) *die Vorsorge für die Sicherheit im Inneren und nach außen und die (Verwaltungs-) Strafgewalt*“[613] als „*Kernbereiche* (hier also noch im Plural) *der staatlichen Verwaltung*“. Im selben Satz bezeichnet er dann weiters zB *die Aufgaben der allgemeinen Sicherheitspolizei und des Militärwesens* sowie die *zentralen verwaltungspolizeilichen Aufgaben* (in Bezug auf die genannte Entscheidung ganz konkret: des Zivilluftfahrtwesens; nicht klar ist allerdings, ob damit nun - ganz ähnlich wie schon bei der oben behandelten Bestimmung des Kriteriums der „vereinzelten Aufgaben“ - der jeweilige Kompetenztatbestand, das jeweilige Materiengesetz oder ein irgendwie sonst zu bestimmendes Rechtsgebiet relevant sein soll; siehe dazu im Übrigen am Ende des nächstfolgenden Punktes 7.2.3) ganz pauschal als „*nicht ausgliederbare Aufgaben*“ und zitiert diese seine Aussage immer wieder in seinen einschlägigen Folgeerkenntnissen. Im Übrigen lässt dann der VfGH in der Austro-Control-Entscheidung bedenklicher Weise im Dunkeln, welches Verhältnis nun zwischen „Kernbereichen“ und nicht „ausgliederbaren Aufgaben“ bestehen soll. Insb bleibt hier die Frage offen, ob „Kernbereiche“ als Überbegriff gegenüber „nicht ausgliederbaren Aufgaben“ zu verstehen sind oder ob beide genannte Kategorien gleichbedeutend sind.

---

[610] Siehe dazu insb *Lachmayer*, Ausgliederungen 759 f.
[611] Also sowohl im Singular als auch im Plural; siehe dazu unten im Text.
[612] Durch den Gebrauch des Wortes „etwa“ gibt der VfGH zu erkennen, dass es sich hierbei nur um eine demonstrative Aufzählung handelt.
[613] VfSlg 14.473/1996.

Im BWA-Erk[614] spricht dann der VfGH von dem (bloß) einen, singulär gemeinten, „Kernbereich", während er sich im zuvor genannten Erkenntnis - wie erwähnt - noch des Plurals bediente. Weiters verwendet er im gegebenen Zusammenhang[615] nun auch erstmals den Begriff der „Kernaufgaben". Aus den weiteren Formulierungen im BWA-Erk wird dann schließlich deutlich, dass die Gesamtheit aller „Kernaufgaben" den einen „Kernbereich" bildet und dass Ausgliederungen bzw Beleihungen im Zusammenhang mit diesen „Kernaufgaben" verfassungsrechtlich unzulässig sind.
Schließlich zieht der VfGH im Energie-Control-Erk[616] ergänzend noch die Bezeichnung „Kerngebiet" heran, wobei auch hier - wie schon im Austro-Control-Erk - nicht klargelegt wird, wie dieser nun abermals neue Terminus in Bezug zu den bisherigen Begriffen zu verstehen ist. Man wird hier wohl von einer starken Affinität mit dem Begriff des „Kernbereichs" ausgehen dürfen.[617] Soweit ersichtlich blieb es aber im gegebenen Zusammenhang[618] bei dieser einmaligen Verwendung des Begriffes des „Kerngebiets", was mE vor dem Hintergrund der dargelegten Begriffsvielfalt ausdrücklich zu begrüßen ist.

Zusammenfassend kann man hinsichtlich der dargestellten Terminologie des VfGH wohl festhalten, dass sich jene Variante durchgesetzt zu haben scheint, nach der es (nur) einen „Kernbereich" gibt, der seinerseits aus mehreren „Kernaufgaben" besteht. Dies ist mE auch die schlüssigste Verständnisweise des hier diskutierten Kriteriums. Eine ausdrückliche Definition bzw Abgrenzung dieser Begriffe fand aber auch in der letzten einschlägigen Entscheidung[619] des VfGH nicht statt.
Somit dreht sich Frage letztlich darum, ob eine bestimmte Staatsaufgabe eine „Kernaufgabe" darstellt oder nicht.[620] Der „Kernbereich" als Sammelbegriff für alle „Kernaufgaben" hat als solcher in der gegebenen Diskussion hingegen keine

[614] VfSlg 16.400/2001; ebenso in VfSlg 16.995/2003 (Energie-Control-Erk).
[615] Den Begriff „Kernaufgaben" verwendete der VfGH auch schon vorher, allerdings in diversen anderen Zusammenhängen.
[616] VfSlg 16.995/2003.
[617] Im genannten Erk zählt der VfGH offenbar die Außenpolitik insgesamt zum „Kernbereich", während er die außenpolitischen Beziehungen zu anderen Staaten als „Kerngebiet" bezeichnet. Was man aber iSd VfGH unter Außenpolitik zu verstehen habe, wird ebenfalls nicht näher erläutert; siehe dazu kritisch *Walzel von Wiesentreu*, Verordnungsgebung 131 f.
[618] Dagegen findet der Begriff „Kerngebiet" in der Judikatur des VfGH zum Bau- und Raumordnungsrecht nahe liegender Weise oftmalige Verwendung.
[619] Zivildienst-Erk (VfSlg 17.341/2004).
[620] Vgl dazu die Bemerkungen bei *Lachmayer*, Ausgliederungen 760.

eigenständige Erkenntnis fördernde Bedeutung, weshalb ich aus Gründen der Vereinfachung nur mehr von den „Kernaufgaben“ sprechen werde. Liegt einer dieser „Kernaufgaben“ vor, dann sind Ausgliederungen bzw Beleihungen - jedenfalls nach Ansicht des VfGH - verfassungsrechtlich unzulässig.

7.2.3 Mangelnde Begründung

Neben der Vielfalt der Bezeichnungen wird als weiters Manko des gegenständlichen Kriteriums im Schrifttum gerügt, dass der VfGH - wiederum ähnlich wie schon bei den „vereinzelten Aufgaben“ in Bezug auf die Referenzgröße - nicht begründet, warum die von ihm als „Kernaufgaben“ angesehenen Tätigkeitsbereiche der staatlichen Verwaltung unbedingt von staatlichen Organen im organisatorischen Sinn besorgt werden müssen.[621]

Dazu ist an dieser Stelle zu bemerken, dass vom VfGH das Kriterium der „Kernaufgaben“ gleich in seinem ersten, schon mehrfach zitierten, Autstro-Control-Erk sehr weit verstanden wurde.[622] Dies konnte er sich in dieser Entscheidung noch deshalb ohne jede Begründung „leisten“, da es hier (noch) zu keiner Aufhebung gesetzlicher Bestimmungen durch den Gerichtshof kam und daher der politischen Entscheidungsfreiheit des einfachen Gesetzgebers (noch) keine Grenzen gesetzt wurden. Es waren daher keine zwingenden Momente für eine nähere Auseinandersetzung und daher allfällige Einschränkung des Kriteriums der „Kernaufgaben“ vorhanden. Aufgrund der in dieser Entscheidung vom VfGH angenommenen Weite[623] des Kriteriums der „Kernaufgaben“ lässt sich im Übrigen nicht ganz der Eindruck vermeiden, dass er in diesem Kriterium offenbar eine Möglichkeit für eine Art abschließende Gesamtbeurteilung über die jeweils beabsichtigten Ausgliederungen bzw Beleihungen gesehen hat.[624]

---

[621] So insb *Raschauer*, Rechtsfortbildung 18 ff; *Pabel*, Ausgliederung 224 ff; *Lachmayer*, Ausgliederung 758 ff; *Walzel von Wiesentreu*, Verordnungsgebung 131 f; anders aber *Christ*, Zivildienst-Erk 308, der der Ansicht ist, dass dies nicht (primäre) Aufgabe des VfGH sei; auch *Heller*, Kernaufgaben 245, zeigt mit nachvollziehbaren Argumenten Verständnis für den Begründungsstil des VfGH.

[622] Vgl dazu auch kritisch *Lachmayer*, Ausgliederungen 752f, 762.

[623] Die Weite ist hier iSd Beschränkung zu verstehen. Je weiter das Kriterium, desto größer seine beschränkende Wirkung.

[624] Auch nach der Ansicht von *Heller*, Aufgaben 255, seien Kernaufgaben erst durch eine abwägende Einbeziehung aller Umstände, auch der jeweils verwirklichten Kontrolle durch unmittelbar staatliche

Aufbauend auf dem Austro-Control-Erk ist im Weiteren nicht zu übersehen, dass der VfGH in den Folgeentscheidungen offenbar nicht streng zwischen dem Kriterium der „vereinzelten Aufgaben“ und jenem der „Kernaufgaben“ unterschieden hat[625] und zumindest wohl auch deshalb eine eingehende Begründung der „Kernaufgaben“ bislang unterblieben ist.

Besonders augenscheinlich ist dazu die Begründung des VfGH im Zusammenhang mit dem BWA-Erk. Im Prüfbeschluss äußerte der VfGH nämlich noch Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit hinsichtlich aller drei Kriterien (also der „vereinzelten Aufgaben“, der „Kernaufgaben“ und der Ingerenz). In diesem Prüfbeschluss erschien ihm noch das Kriterium der „vereinzelten Aufgaben“ aufgrund der auf die BWA übertragenen Verpflichtungen hinsichtlich der wirtschaftsaufsichtsrechtlichen und gewerbepolizeilichen Aufgaben überschritten. Seltsamer Weise wurden in diesem Prüfbeschluss auch die ebenfalls auf die BWA übertragenen verwaltungsstrafrechtlichen Kompetenzen in das Kriterium der „vereinzelten Aufgaben“ mit einbezogen, obwohl gerade solche Ermächtigungen laut VfSlg 14.473/1996 ausdrücklich zu den „nicht ausgliederbaren Aufgaben“ und damit zu den „Kernaufgaben“ zählen sollen. Schon das lässt darauf schließen, dass es der VfGH mit der Trennung der „vereinzelten Aufgaben“ und den „Kernaufgaben“ zumindest vorab im Prüfbeschluss nicht ganz so genau nahm.[626] Nachdem der VfGH im Erkenntnis aber dann doch die der BWA eingeräumten verwaltungsstrafrechtlichen Kompetenzen als nicht ausgliederbare „Kernaufgaben“ erkannte, beließ er es dabei und ging auf das Kriterium der „vereinzelten Aufgaben“ gar nicht mehr ein.[627] Warum er dann aber trotzdem noch das im Prüfbeschluss ebenfalls in Zweifel gezogene Kriterium der notwendigen Ingerenz prüfte, nicht aber auch jenes der „vereinzelten Aufgaben“, bleibt unerfindlich, da auch die mangelhaft verwirklichte Ingerenz durch die Aufhebung der die Selbständigkeit der BWA konstituierenden Bestimmungen bereinigt wurde. Aber gerade diese die Selbständigkeit der BWA konstituierenden Bestimmungen waren ja von Anfang an Gegenstand der Auseinandersetzung zwischen der Bundesregierung und dem VfGH. Ein näheres

---

Organe, zu bestimmen. Dieser Ansicht kann in dieser Untersuchung, wie zu zeigen sein wird, nicht gefolgt werden. Kritisch auch *Lachmayer*, Ausgliederungen 752 f, 762.

[625] Vgl die Bemerkungen bei *Brünner/Hauser*, BStMG 100 ff.

[626] In diesem Sinn wohl auch *Pabel*, Ausgliederung 227.

[627] Siehe dazu auch *Funk*, BWA-Erk 23 f („In der vorliegenden Entscheidung bleibt die Formel von den ‚vereinzelten Aufgaben’ ungenützt, die Probe aufs Exempel wird durch einen Größenschluss umgangen, bei dem die ‚staatlichen Kernaufgaben’ bemüht werden.“).

Eingehen auf die durch das WAG nur mangelhaft verwirklichten Einflussmöglichkeiten des zuständigen Bundesministers auf die Gestion der BWA wäre zur Herausarbeitung dieser Selbständigkeit nicht notwendig gewesen.

Aber auch im Zivildienst-Erk äußerte der VfGH im Prüfbeschluss Bedenken hinsichtlich aller drei schon mehrfach erwähnten Kriterien. Die Begründung des Zivildienst-Erk beschränkte sich aber dann hauptsächlich auf die Tatsache, dass die an die Zivildienst-GmbH übertragenen Kompetenzen nicht ausgliederbare „Kernaufgaben" betrafen und schon deshalb die entsprechenden Bestimmungen aufzuheben waren. Dazu dann abschließend die Worte des VfGH:" Angesichts dieses Ergebnisses erübrigt sich ein Eingehen auf die weiteren im Beschluss des Gerichtshofs vom 11. März 2004, B 1248/03-7, dargelegten Bedenken". Auch hier wurde also nicht weiter darauf eingegangen, ob neben dem Kriterium der „Kernaufgaben" etwa auch das Kriterium der „vereinzelten Aufgaben" verletzt wurde.[628]

Über die diesbezügliche Vorliebe des VfGH, hauptsächlich die Einhaltung des Kriteriums der „Kernaufgaben" zu überprüfen und demgegenüber die „vereinzelten Aufgaben" sozusagen „außen vor zu lassen",[629] kann nur spekuliert werden. So könnte man zB vermuten, dass auch der Gerichtshof die mit seinem Verständnis von den „vereinzelten Aufgaben" verbundene Schwierigkeiten bei der Begründung der notwendigen Referenzgröße erkannt und sich deshalb auf das Kriterium der „Kernaufgaben" konzentriert hat. Der aus der Sicht des Kriteriums der „vereinzelten Aufgaben" ebenfalls bedenkliche Umfang an übertragenen Kompetenzen sowohl im BWA-Erk und Zivildienst-Erk konnte dann offenbar nach der Meinung des VfGH ausgeblendet bleiben.

Insgesamt zeigt sich somit, dass es nach Meinung des Gerichtshofs ein auffallendes Naheverhältnis zwischen den „vereinzelten Aufgaben" und den „Kernaufgaben" zu geben scheint.[630] Diese Nähe könnte darin liegen, dass bei beiden Kriterien die (wie immer definierte) Wichtigkeit der jeweiligen Aufgaben eine große Rolle spielt. Erinnert sei hier bloß daran, dass sich das Kriterium der „vereinzelten Aufgaben" nach

[628] Auch auf das Vorliegen der notwendigen Ingerenz wurde nicht weiter eingegangen. Dennoch kann dieses Erk als eine Art „Trendwende" in der Judikatur des VfGH bezeichnet werden, da erstmals ein Begründungsansatz für die „Kernaufgaben" geboten wurde; siehe dazu sogleich im Text.
[629] Dies gilt - wie angemerkt - im Besonderen für das Vorgehen des VfGH in seinem BWA-Erk.
[630] Vgl *Brünner/Hauser*, BStMG 100 ff.

Auffassung des VfGH nach Umfang und *Bedeutung* der den Staatsorganen zur unmittelbaren Wahrnehmung verbleibenden Kompetenzen bestimmen lässt. Aber auch bei den vom Gerichtshof als „Kernaufgaben" bezeichneten Kompetenzen wie jenen der allgemeinen Sicherheitspolizei, des Militärwesens oder der (Verwaltungs-) Strafgewalt, ist die *Bedeutung* für die davon Betroffenen nicht zu übersehen.[631] Wenn man diese vom VfGH nicht näher aufgelöste, aber umso augenscheinlichere Verquickung der „vereinzelten Aufgaben" mit den „Kernaufgaben" einmal erkannt hat, dann wird es verständlich, warum dem VfGH eine Begründung für das Kriterium der „Kernaufgaben" nicht leicht fällt.
Wenn man nun - wie der VfGH insb im BWA-Erk - die nicht näher definierte Wichtigkeit der jeweiligen Aufgaben ohne Begründung zu einer Art verfassungsrechtlichen Gesamtbeurteilung im Kriterium der „Kernaufgaben" heranzieht, so ist dies geradezu darauf angelegt, dass in diese Beurteilung auch Umstände Eingang finden können, die mit der eigentlichen Aufgabe als solcher im Grunde gar nichts mehr zu tun haben. Insb könnten in eine solche Gesamtbeurteilung theoretisch auch quantitative Elemente einbezogen werden.[632] Damit wäre dann aber das Kriterium der „vereinzelten Aufgaben" neben jenem der „Kernaufgaben" jeder selbständigen Relevanz beraubt.

ME sollte man sich einer aufgrund unklarer Determinanten immer bloß vage bleibenden Gesamtbeurteilung bei der verfassungsrechtlichen Prüfung von Ausgliederungen und Beleihungen enthalten. Um zu einem ausreichend begründeten und dementsprechend nachvollziehbaren Ergebnis zu gelangen, ist es daher erforderlich, einerseits möglichst klar definierte und voneinander getrennte Kriterien heranzuziehen und andererseits die Rechtfertigung dieser Kriterien anhand der gegebenen Verfassungsrechtslage eingehend darzustellen. Dies verhindert es gleichzeitig nicht, diese Kriterien iSe beweglichen Systems miteinander in Beziehung zu setzen. Nur ein bewegliches System innerhalb ein und desselben Kriteriums sollte der Nachvollziehbarkeit wegen unterlassen werden.

[631] Ebenso zB *Lachmayer*, Ausgliederungen 755; *Pabel*, *Ausgliederung* 224 ff.
[632] Vgl dazu *Heller*, Kernaufgaben 255, der die Bestimmung von Kernaufgaben iSe beweglichen Systems vornehmen will. Ob der VfGH tatsächlich auch quantitative Elemente in das Kriterium der „Kernaufgaben" einbezogen hat, kann mangels höchstgerichtlicher Begründung nicht gesagt werden.

Abschließend möchte ich an dieser Stelle noch auf den vom VfGH in VfSlg 14.473/1996 aufgeworfenen Aspekt der *zentralen verwaltungspolizeilichen Aufgaben* eingehen. Auch diese sollen ja nach Ansicht des VfGH zum Kreise jener sogenannten „Kernaufgaben" des Staates gehören, die jeder wie auch immer gearteten privaten Beteiligung entgegenstehen.

Wie im gegebenen Zusammenhang schon oben unter Punkt 7.2.2 kurz erwähnt wurde, lässt es der VfGH allerdings offen, wie verwaltungspolizeiliche Aufgaben als zentrale (und damit nach Ansicht des VfGH jedenfalls privatisierungsfeindliche) identifiziert werden können bzw aus welchem „Pool" an verwaltungspolizeilichen Aufgaben die jeweils zentralen Aufgaben zu bestimmen sind. Zur bereichsmäßigen Abgrenzung kommen hier insb der jeweils einschlägige Kompetenztatbestand, das jeweilige Materiengesetz oder ein sonst zu bestimmendes Rechtsgebiet in Betracht. Die bei einer solchen bereichsmäßigen Abgrenzung auftretenden Schwierigkeiten sind allerdings mE im Wesentlichen dieselben, die auch schon bei der oben erörterten relationalen Auffassung des Kriterium der „vereinzelten Aufgaben" diskutiert wurden, weshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden darf. Wiederholend soll aber herausgestrichen werden, dass es mE jedenfalls nicht in der Hand des einfachen Gesetzgebers liegen kann, durch entsprechende Gestaltung des gesetzlichen „Umfelds" der in Frage stehenden Aufgaben diese zu zentralen und damit jedenfalls entstaatlichungsfeindlichen zu machen oder eben genau umgekehrt diese Folge gerade zu vermeiden. So wäre es ja zB durchaus denkbar, dass durch entsprechend geschickte legistische Ausgestaltung ein „ausreichend" umfangreiches (man könnte auch sagen: „verschleierndes") Gesetz geschaffen wird, in dem inhaltlich an sich verschiedene Aufgabengebiete zusammengefasst werden und damit die einzelne Aufgabe (nämlich gemessen am „Gesamtgesetz") keine zentrale mehr ist, die sie aber womöglich wäre, wenn mehrere einzelne Gesetze erlassen worden wären. Was daher zur Klärung der Frage, ob es sich im konkreten Fall um zentrale (und damit entstaatlichungsfeste) verwaltungspolizeiliche Aufgaben handelt oder nicht, mE bleibt, ist den entscheidungsrelevanten Maßstab eben nicht aus dem einfachen Gesetzesrecht, sondern ausschließlich aus der Schicht des Verfassungsrechts selbst zu gewinnen (wenn man einmal von etwaigen Vorgaben des Völkerrechts - insb aber des europäischen Gemeinschaftsrechts - absieht). So betrachtet ist es dann aber mE im Ergebnis ein

lupenreiner Pleonasmus, wenn der VfGH davon spricht, dass die *zentralen verwaltungspolizeilichen Aufgaben* zu den staatlichen Kernaufgaben gehören. Beide sind - wie gesagt - anhand des Verfassungsrechts zu bestimmen und bei beiden ist mangels eines für mich erkennbaren anderweitigen Erkenntnisinteresses, der die Kategorie der *zentralen verwaltungspolizeilichen Aufgaben* dienen soll, derselbe aus dem Verfassungsrecht gewonnene Maßstab anzulegen. ME handelt es sich also letztlich bei der vom VfGH behaupteten Kategorie der *zentralen verwaltungspolizeilichen Aufgaben* wie bei den von ihm so benannten „Kernaufgaben" um ein und dieselbe Sache, auch wenn dies der VfGH so vermutlich nicht gemeint hat. Dieser dürfte nämlich nach seinen Ausführungen in VfSlg 14.473/1996 tatsächlich davon ausgegangen sein, dass es neben einer Bezugnahme auf den jeweiligen Kompetenztatbestand (zumindest) auch an der konkreten einfachgesetzlichen Ausgestaltung der in Frage kommenden Aufgaben und ihres jeweiligen Regelungsumfeldes gelegen ist, verwaltungspolizeiliche Aufgaben als zentrale identifizieren zu können. Mangels weiterführender Hinweise von Seiten des Gerichtshofs bleibt allerdings seine genaue Auffassung von der Kategorie der *zentralen verwaltungspolizeilichen Aufgaben*, von der Art und Weise ihrer Bestimmung sowie von ihrer konkret erkenntnisfördernden Funktion bis dato leider im Unklaren.
Da ich nun nicht erkennen kann, wie diese Kategorie zur weiteren Erhellung der der Untersuchung zugrunde liegenden Fragestellung beitragen könnte, werde ich im weiteren Verlauf der Arbeit keinen Bezug mehr darauf nehmen.

7.2.4 Entwicklungsansatz

Es soll aber nicht nur Kritik geübt, sondern auch positiv hervorgehoben werden, dass der VfGH in seiner Zivildienst-Entscheidung[633] einen Fingerzeig für einen möglichen rechtsdogmatischen Begründungsansatz für das Kriterium der „Kernaufgaben" geliefert hat. Er lässt es hier nämlich zum ersten Mal nicht einfach bei der bloßen Behauptung beruhen, es lägen bei den betreffenden Aufgaben der Zivildienstverwaltung „Kernaufgaben" vor, sondern er begründet seine Ansicht im Wesentlichen mit der

[633] VfSlg 17.341/2004.

grundrechtlichen Relevanz, die die Besorgung dieser Aufgaben für die Wehr- bzw Zivildienstpflichtigen hat.[634]

Mehr als ein Hinweis darauf, wie man an Hand der gegebenen Verfassungsrechtslage zu einer eingehenden Begründung für die Existenz von nicht ausgliederbaren „Kernaufgaben" kommen könnte, ist darin aber nicht zu erblicken. Denn auch wenn man als Jurist natürlich sofort geneigt ist, die wesentliche Bedeutung der grundrechtlichen Auswirkungen auf die persönlichen Verhältnisse der Zivildienstpflichtigen für die Qualifikation der betreffenden Aufgaben als „Kernaufgaben" respektvoll anzuerkennen, so kann es dabei gleichzeitig aber auch noch nicht sein Bewenden haben. Insbesondere erst eine Verortung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte (bzw die mit staatlicher Tätigkeit[635] allfällig verbundene grundrechtsrelevanten Auswirkungen) mit dem rechtsstaatlichen und demokratischen Baugesetz der Verfassung kann tatsächlich zu einer entsprechend nachvollziehbaren Begründung für - tatsächlich jeder privaten Beteiligung unzugängliche - „Kernaufgaben" führen.[636] Die vorliegende Untersuchung hat es sich zum Ziel gesetzt, unter anderem den Versuch zu einer solchen Begründung zu unternehmen.

In diesem Zusammenhang sei abschließend auch noch angemerkt, dass ein wie immer gearteter Rekurs auf das allenthalben als eine Art „Generalargument" verwendete staatliche Gewaltmonopol mE keine brauchbare Grundlage für das anstehende Problem der Begründung von „Kernaufgaben" bietet. Auch bei der Beteiligung Privater an der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben handelt es sich ja weiterhin um (wenn auch nur funktionelle, aber doch) staatliche Tätigkeit. Allenfalls bei der Erörterung der Zulässigkeit von Aufgabenprivatisierungen iSv Punkt 2.5.5.1 (wenn also nicht nur die Aufgabenerfüllung, sondern eben schon ganze Aufgabe an sich auf „echte" Private übertragen wird) könnte eine Bezugnahme auf das Gewaltmonopol des Staates weiterhelfen, wobei aber auch hier vermutet werden darf, dass allein damit noch nicht das Auslangen gefunden werden kann.[637] Im Rahmen dieser Untersuchung geht es aber

[634] Siehe insb Punkt 7.4; siehe auch *Pabel*, Ausgliederung 221 ff; *Lachmayer*, Ausgliederungen 760 f.
[635] Verstanden als die Tätigkeit von Organen im organisatorischen und im funktionellen Sinn.
[636] In diesem Sinn auch *Pabel*, Ausgliederung 228 f.
[637] Weil es zu einer fundierten rechtswissenschaftlichen Begründung einfach nicht reicht, sich bloß auf ein wissenschaftliches Schlagwort zu beziehen. Dazu ist eben auch die nähere Erörterung der jeweiligen normativen Grundlagen notwendig; so auch *Weiß*, Privatisierung 8.

vielmehr um die Frage, ob und - wenn ja - warum bestimmte (jedenfalls dem Staat zurechenbare) Verhaltensweisen nur von staatlichen Organen in organisatorischen Sinn gesetzt werden dürfen und daher funktionelle Organe schon von vornherein ausgeschlossen sind. Dazu muss aber mE eben tiefer in die rechtlichen Grundlagen des Staates eingedrungen werden, als wie es die bloße Behauptung eines allgemeinen wissenschaftlichen Schlagworts (wie eben das des staatlichen Gewaltmonopols) zu leisten vermag.

7.3 Staatsrechtlicher Ansatz

7.3.1 Organisatorische Bestimmungen

7.3.1.1 Allgemeines

Im internationalen Vergleich ist bemerkenswert, dass sich sowohl die organisatorischen Bestimmungen hinsichtlich der Sicherheitsbehörden des Bundes (Art 78a ff B-VG) als auch die entsprechenden Bestimmungen in Bezug auf deren Hilfsorgane, der Wachkörper (Art 78d B-VG), schon auf Ebene der Verfassung finden lassen.[638] Über diese grundsätzliche verfassungsrechtliche Verankerung bzw Definition hinaus ist aber auch die Detailliertheit dieser Bestimmungen und die dadurch recht engmaschig ausgestaltete Organisationslandschaft zur Besorgung der allgemeinen Sicherheitspolizei an Originalität nicht unbeachtlich.[639] Gerade deshalb ist es aber durchaus zu erwarten, dass sich schon aus dieser verfassungsrechtlichen Determinierung der Sicherheitsbehörden und der Wachkörper Grenzen ergeben können, über die der einfache Gesetzgeber speziell im Fall funktioneller Privatisierungen der allgemeinen Sicherheitspolizei nicht hinausgehen darf. Es ist daher durchaus sinnvoll, schon am Beginn der Erörterungen zum qualitativen Element der allgemeinen Sicherheitspolizei der Frage nach solchen (absoluten) organisatorischen Grenzen für den einfachen

[638] Vgl *Weber/Schlag*, Sicherheitspolizei 60 ff; ihnen folgend zB *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 533; *Pöschl*, Art 78a B-VG Rz 11.
[639] Zu dieser Detailliertheit mit kritischem Unterton *Weber/Schlag*, Sicherheitspolizei 43 f; *Pöschl*, Art 78a B-VG Rz 11.

Gesetzgeber nachzugehen, da sich ja im Falle ihrer Existenz etwaige weitere Untersuchungen in ihrem jeweils gegebenen Umfang als obsolet erweisen würden.

Im Zusammenhang mit solchen (quasi schon vorweggenommenen) Grenzen hat bereits der VfGH in VfSlg 3685/1960 ausgesprochen, dass die im Rahmen des verfassungsrechtlichen Organisationskonzepts der Verwaltung gemäß Art 20 Abs 1 B-VG iVm Art 77 Abs 1 B-VG grundsätzlich bestehende Ermächtigung des einfachen Gesetzgebers zu Beleihungen unter anderem nur soweit bestehe, als sich nicht etwa schon aus einzelnen besonderen Bestimmungen der Bundesverfassung Einschränkungen ergeben würden. Unter solchen besonderen einzelnen Bestimmungen der Bundesverfassung werden jedenfalls auch organisatorische Regelungen zu verstehen sein, die ja immer auch im Zusammenhang mit den diesen Organisationseinheiten zugewiesenen Aufgaben zu verstehen sind.[640]

7.3.1.2 Sicherheitsbehörden

Durch die Art 78a ff B-VG werden die Sicherheitsbehörden des Bundes schon verfassungsrechtlich verankert. Oberste Sicherheitsbehörde ist demnach der Bundesminister für Inneres, dem die Sicherheitsdirektionen[641] und diesen wiederum die Bezirksverwaltungsbehörden und Bundespolizeidirektionen[642] nachgeordnet sind.

Durch ihre verfassungsrechtliche Einrichtung genießen diese Sicherheitsbehörden einmal eine positive Bestandsgarantie. Das heißt, dass sie vom einfachen Gesetzgeber nicht mehr beseitigt werden können.[643] Während sich diese Bestandsgarantie aufgrund der ausdrücklichen Anordnung des Art 78b Abs 1 B-VG auf jede einzelne Sicherheitsdirektion erstreckt, sichert sie Bezirksverwaltungsbehörden und Bundespolizeidirektionen nur als Behördentypen ab.[644] Das bedeutet vor allem, dass es

[640] So ausdrücklich VfSlg 8466/1978.
[641] Gemäß Art 78b Abs 1 B-VG besteht für jedes Bundesland eine Sicherheitsdirektion, an deren Spitze jeweils ein Sicherheitsdirektor steht. Die Bundespolizeidirektion Wien ist allerdings zugleich auch Sicherheitsdirektion, an deren Spitze der Polizeipräsident steht.
[642] Gemäß Art 78c Abs 1 B-VG steht an der Spitze jeder Bundespolizeidirektion ein Polizeidirektor, in Wien allerdings der Polizeipräsident.
[643] So zB *Pöschl*, Art 78a B-VG Rz 14; *Wiederin*, BKA 280.
[644] *Pöschl*, Art 78a B-VG Rz 14; *Pöschl*, Art 78c B-VG Rz 5.

jedenfalls auch Bundespolizeidirektionen geben muss. Die Verfassung sagt aber nicht, wie viele oder wo genau diese zu bestehen haben.[645] Diese Entscheidung obliegt nach Art 78c Abs 2 B-VG vielmehr der Bundesregierung, die hierüber durch verfassungsunmittelbare (gesetzesvertretende) Verordnung zu entscheiden hat.[646] Diese Bestandsgarantie bedeutet aber nicht nur das Verbot der formalen einfachgesetzlichen Beseitigung, sondern auch, dass den durch Art 78a Abs 1 B-VG eingerichteten Behörden Sicherheitsagenden nicht soweit entzogen werden dürfen, sodass dadurch ihre faktische Ausschaltung bewirkt wäre (man spricht hier von der funktionalen Bestandsgarantie).[647]

Diese zuletzt genannte funktionale Bestandsgarantie bedeutet aber implizit auch, dass nicht schon von vornherein die Besorgung der gesamten Sicherheitsverwaltung iSd § 2 Abs 2 SPG den Sicherheitsbehörden des Art 78a Abs 1 B-VG vorbehalten ist, da sich ja dann die Frage nach einer „funktionalen Aushöhlung“ durch Zuweisung von Sicherheitsagenden an andere als den in Art 78a Abs 1 B-VG genannten Behörden gar nicht stellen könnte. Die Begründung für die Ansicht, dass verfassungsrechtlich nicht schon die gesamte Sicherheitsverwaltung ausschließlich den Behörden des Art 78a Abs 1 B-VG zugewiesen ist, liegt hauptsächlich darin, dass die Vorgängerbestimmung der 78a ff B-VG, nämlich § 15 Beh-ÜG,[648] noch eine solche umfassende und ausschließliche Aufgabenzuweisung auf dem Gebiet des „öffentlichen Sicherheitswesens“ enthielt und selbiges im Rahmen der B-VGNov 1991 auch dem Verfassungsgesetzgeber ausdrücklich als mögliche Variante vorlag[649], die dann aber letztlich in den Art 78a ff B-VG gerade nicht übernommen wurde.[650] Wollte man weiterhin von der ausschließlichen Zuständigkeit der genannten Sicherheitsbehörden in Bezug auf die gesamte Sicherheitsverwaltung ausgehen, so würde man diesem entwicklungsgeschichtlichen Faktum nicht ausreichend Beachtung schenken.

---

[645] Dies gilt aber nicht für die Bundespolizeidirektion Wien, da diese sowohl in Art 78b Abs 1 B-VG als auch in Art 78c Abs 1 B-VG ausdrücklich genannt und damit als bestehend vorausgesetzt wird; vgl *Pöschl*, Art 78c B-VG Rz 5.

[646] Siehe Bundespolizeidirektionen-VO, BGBl II Nr 1999/56; vgl *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 2 Rz 29.005; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 708 ff; *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 533; *Pöschl*, Art 78c B-VG Rz 7.

[647] *Pöschl*, Art 78a B-VG Rz 20; *Weber/Schlag*, Sicherheitspolizei 44; *Mayer*, Kommentar 294; im Ergebnis auch *Hauer*, Ruhe FN 25; vgl auch *Stolzlechner*, Übertragung 57 f.

[648] StGB 1945/94 iVm BVG BGBl 1946/142.

[649] RV 1316 BlgNR 17. GP.

[650] Ausführlich *Pöschl*, Art 78a B-VG Rz 15 ff, 25; siehe auch *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 130.

Andererseits wird man aber mit der wohl überwiegenden Meinung festhalten können, dass (zumindest) die Besorgung der allgemeinen Sicherheitspolizei als quasi „Kernmaterie“[651] der Sicherheitsverwaltung den Sicherheitsbehörden des Art 78a Abs 1 B-VG (sowie aufgrund von Art 102 Abs 2 und 3 B-VG allenfalls auch den Landeshauptmännern im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung[652]) vorbehalten ist und daher andere als die eben genannten Behörden hinsichtlich dieses Sachbereichs nicht zuständig gemacht werden dürfen.[653] Diese Erkenntnis folgt insb aus dem Umstand, dass Art 78a Abs 2 B-VG ausdrücklich die erste allgemeine Hilfeleistung (EAH) als Aufgabe den Sicherheitsbehörden zuweist und diese EAH auch vom Verfassungsgesetzgeber in ganz engem Konnex zur allgemeinen Sicherheitspolizei gesehen bzw mit dieser überhaupt identifiziert wird.[654] Insoweit wird also sozusagen mit der verfassungsrechtlichen Übertragung der Zuständigkeit hinsichtlich der EAH gleichzeitig auch die Zuständigkeit auf dem Gebiet der (gesamten) allgemeinen Sicherheitspolizei mitgeregelt, da kein vernünftiger Grund ersichtlich ist, warum der Verfassungsgesetzgeber im Zuge desselben Gesetzgebungsaktes - also der B-VGNov 1991 - zuerst die Zusammengehörigkeit der allgemeinen Sicherheitspolizei mit der EAH besonders betonen bzw klarstellen sollte,[655] um im selben Moment wieder dem einfachen Gesetzgebers das freie Belieben hinsichtlich einer allenfalls getrennten

[651] Vgl zu dieser und ähnlichen Formulierungen *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 57; *Pöschl*, Art 78a B-VG Rz 21; *Hauer*, Ruhe FN 25; weiters *Weber/Schlag*, Sicherheitspolizei 52, allerdings nur in Bezug auf den Aufgabenbereich der Sicherheitsdirektionen; siehe auch RV 140 BlgNR 18. GP, 4.

[652] Für die Ansicht, dass die allgemeine Sicherheitspolizei wohl auch im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung besorgt werden könnte, insb *Wiederin*, BKA 275 ff; ausdrücklich anders jedoch *Handstanger*, Sicherheitsverwaltung 7 f; wohl ebenso *Pöschl*, Art 78a B-VG Rz 25, 27, die dies allerdings nicht weiter begründet; eine nähere Auseinandersetzung mit dieser speziellen Frage kann jedoch im Rahmen der vorliegenden Arbeit dahingestellt bleiben, da daraus nichts für das untersuchungsleitende Thema zu gewinnen ist.

[653] So zB *Hauer*, Ruhe FN 25; *Pöschl*, Art 78a B-VG Rz 27; *Handstanger*, Sicherheitsverwaltung 7 f; *Kneihs*, Befehl 400 f; aA *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 130; *Wiederin*, BKA 275 ff, wobei seinen Ausführungen in historischer und systematisch-teleologischer Hinsicht aber mE die sogleich im Haupttext vorgebrachte Argumente entgegenzuhalten sind; unklar *Weber/Schlag*, Sicherheitspolizei 44.

[654] RV 140 BlgNR 18. GP, 4: „Es kann umstritten sein, ob die erste allgemeine Hilfeleistung zum Bereich der allgemeinen Sicherheitspolizei zählt. Um alle Zweifelsfragen auszuräumen, wurde deshalb diese Pflicht der allgemeinen Sicherheitspolizei ausdrücklich festgelegt.“; siehe auch *Kneihs*, Befehl 400; auch *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 53.022, und *Hauer*, Ruhe 7 f, sehen in Art 78a Abs 2 B-VG nicht eine bloße Kompetenzbestimmung, sondern darüber hinaus auch eine eindeutige Aufgabenzuweisung.

[655] Dass für die geltende Rechtslage im Übrigen nicht bloß kompetenzrechtliche Überlegungen ausschlaggebend gewesen sein können erhellt schon daraus, dass sich über die ersten legislativen Entwürfe hinaus nunmehr auch eine entsprechende Regelung in Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG findet.

Regelung über die Zuständigkeit zur ihrer Erfüllung einzuräumen.[656] Zum Anderen muss man aber auch sehen, dass die Schaffung der Art 78a ff B-VG zeitgleich mit der einfachgesetzlichen Normierung des Sicherheitspolizeirechts im SPG erfolgte.[657] Auch wenn es sich natürlich beim Verfassungsgesetzgeber (bzgl der Art 78a ff B-VG) und dem einfachen Gesetzgeber (bzgl des SPG) um formal zwei unterschiedliche Gesetzgeber handelt und eine Interpretation des Verfassungsrechts im Lichte des im Stufenbau der Rechtsordnung dem Verfassungsrecht untergeordneten einfachen Gesetzesrechts grundsätzlich nicht möglich ist, so spricht in diesem speziellen Fall die zeitgleiche Erlassung mE doch wenigstens als Indiz dafür, die beiden genannten gesetzlichen Grundlagen quasi im Sinne eines „einheitlichen Verständnis" auszulegen. Unterstützung kann die Annahme einer solchen „einheitlichen Auslegung" dann nicht zuletzt auch im Umstand finden, dass in den §§ 4, 7, 8 und 9 SPG die organisatorischen Bestimmungen der Art 78a ff B-VG im Wesentlichen wortgleich wiederholt werden und sowohl im B-VG als auch im SPG ausdrücklich von „Sicherheitsbehörden" gesprochen wird.[658] Schließlich ist in diesem Zusammenhang bemerkenswert, dass die Regierungsvorlage der B-VGNov 1991 zwar den Begriff der „Sicherheitsverwaltung" verwendet und hierbei die allgemeine Sicherheitspolizei als deren Kernaufgabe bezeichnet,[659] dass dieser Begriff der „Sicherheitsverwaltung" aber an keiner Stelle auf Ebene der Verfassung, sondern nur im Bereich des einfachen Gesetzesrechts - und hier wiederum mit einer besonderen Häufung im SPG - vorkommt. All dies spricht - wie gesagt - mE doch zumindest als Indiz dafür, dass bei der Erlassung der Bestimmungen der B-VGNov 1991 und des SPG über weite Strecken recht ähnliche Absichten der jeweiligen Gesetzgeber ausschlaggebend waren.

---

[656] Ausführlich *Pöschl*, Art 78a B-VG Rz 21 ff, insb Rz 24: „Wenn den Sicherheitsbehörden sogar die neu geschaffene Kompetenz zur ersten allgemeinen Hilfeleistung von Verfassung wegen zugewiesen ist, dann muss - unausgesprochen - Gleiches wohl jedenfalls für die mit ihr untrennbar verbundene allgemeine Sicherheitspolizei gelten"; wohl ebenso *Handstanger*, Sicherheitsverwaltung 7 f; aA *Wiederin*, BKA 275 ff, insb 279, der aber auf den hier vertretenen Zusammenhang zwischen allgemeiner Sicherheitspolizei und EAH nicht explizit eingeht.

[657] Die Art 78a ff B-VG wurden durch die B-VGNov BGBl Nr 1991/565 und das SPG durch BGBl Nr. 1991/566, also genau das nächste BGBl nach der genannten B-VGNov, eingeführt. Auf diesen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang weisen auch *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 2 Rz 29.003, sowie *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 86, hin.

[658] So *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz (2001) 864 f, und *Handstanger*, Sicherheitsverwaltung 8, die im Wortlaut „Sicherheitsbehörden" einen deutlichen Anhaltspunkt dafür sehen, dass diesen Behörden (zumindest) der Kernbereich der Sicherheitsverwaltung, nämlich die allgemeine Sicherheitspolizei, vorbehalten ist.

[659] RV 140 BlgNR 18. GP, 4.

Im Ergebnis wird man daher davon ausgehen können, dass jedenfalls die EAH bzw die mit ihr identifizierte allgemeine Sicherheitspolizei den Sicherheitsbehörden des Art 78a Abs 1 B-VG (sowie wiederum aufgrund von Art 102 Abs 2 und 3 B-VG allenfalls auch den Landeshauptmännern) als verfassungsrechtliche Aufgaben zugewiesen sind. Dass mit dieser Aufgabenzuweisung ihre Ausschließlichkeit in dem Sinn verbunden ist, dass andere staatliche Behörden mit dieser Materie nicht betraut oder zu diesem Zweck geschaffen werden dürfen (die ja dann entsprechend den obigen Überlegungen zwangsläufig zu Sicherheitsbehörden werden würden), ergibt sich insb aus Art 78a Abs 3 B-VG. Nach dieser verfassungsrechtlichen Anordnung bestimmen die einfachen Gesetze, inwieweit Gemeindeorgane als Sicherheitsbehörden einzuschreiten haben. Im Umkehrschluss ergibt sich daraus aber, dass andere als die genannten Behörden eben nicht als Sicherheitsbehörden einschreiten oder zu diesem Zweck eingerichtet werden dürfen.[660] Wenn nun aber selbst schon staatliche, jedoch nicht in den erwähnten Bestimmungen angeführte Behörden nicht mit der Erfüllung der allgemeinen Sicherheitspolizei betraut werden dürfen, dann dürfen schon gar nicht Private im Rahmen einer Beleihung zu einer selbständigen „sicherheitspolizeilichen Behörde“ gemacht werden. Wie oben gezeigt wurde, handelt es sich ja bei jeder Form einer funktionellen Privatisierung (und daher auch und insb bei einer Beleihung) bereits von Haus aus um eine (gegenüber der unmittelbar staatlich geführten Verwaltung zwangsläufig schwächer demokratisch legitimierte) Sonderform der Verwaltung, die daher schon als solche dementsprechend rechtfertigungsbedürftig ist.

Somit wäre also im Ergebnis die erste absolute Grenze für den einfachen Gesetzgeber im Hinblick auf Maßnahmen der funktionellen Privatisierung im Bereich der allgemeinen Sicherheitspolizei entdeckt: *Private dürfen nicht mit den (hoheitlichen) Befugnissen einer Sicherheitsbehörde beliehen werden.*

Ob bzw inwieweit über die allgemeine Sicherheitspolizei hinausgehende Angelegenheiten der Sicherheitsverwaltung schon per Verfassung den Sicherheitsbehörden des Art 78a Abs 1 B-VG zur ausschließlichen Erfüllung zugewiesen sind, ist nicht Gegenstand dieser Arbeit und wird daher nicht weiter untersucht.

---

[660] *Pöschl*, Art 78a B-VG Rz 24, 26; im Ergebnis ebenso *Weber/Schlag*, Sicherheitspolizei 44; siehe auch *Wiederin*, BKA 275, 280.

7.3.1.3 Wachkörper

Mit der Feststellung, dass Private jedenfalls nicht die Position von Sicherheitsbehörden im Zuge einer dementsprechenden Beleihung einnehmen können, ist die Untersuchung aber keinesfalls schon abzubrechen. Vielmehr ist nun zu erörtern, ob und - bejahenden Falls - in welcher Weise Private als behördliche Hilfsorgane an der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben beteiligt werden können.[661] Damit ist an dieser Stelle zugleich aber auch festzuhalten, dass im weiteren Verlauf dieser Untersuchung nur mehr die Rechtssatzform der „Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt" iSd Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG im Blickpunkt des Interesses stehen kann; denn die Erlassung von Verordnungen und Bescheiden im Bereich des SPG ist eine reine behördliche Angelegenheit und kommt daher nicht den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes bzw etwaigen anderen (insb funktionell-staatlichen) behördlichen Hilfsorganen zu.[662]

Im Weiteren sind nun zuallererst einmal die in Art 78d B-VG genannten Wachkörper in den Blick zu nehmen. Konkret ist zu fragen, ob auch Private solche Wachkörper errichten und betreiben können.[663]

Nach der Definition des Art 78d Abs 1 B-VG sind Wachkörper bewaffnete oder uniformiert oder sonst nach militärischem Muster eingerichtete Formationen, denen Aufgaben polizeilichen Charakters übertragen sind. Jedenfalls nicht als Wachkörper gilt das zum Schutz der Land- und Forstwirtschaft, des Bergbaus, der Jagd, der Fischerei oder anderer Wasserberechtigungen aufgestellte Wachpersonal sowie die Organe der Marktaufsicht oder der Feuerwehr. Nach Abs 2 darf im örtlichen Wirkungsbereich einer Bundespolizeidirektion von einer anderen Gebietskörperschaft (also vom Land oder der Gemeinde) ein Wachkörper nicht errichtet werden. Auch wenn diese letzte verfassungsrechtliche Bestimmung einen unübersehbaren Hinweis auf die Errichtung

[661] Zur Dualität Sicherheitsbehörde – Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes als behördliche Hilfsorgane, siehe oben Punkt 2.4.2.

[662] Siehe zB die §§ 36 f SPG hinsichtlich sicherheitspolizeilicher Verordnungen sowie die Zuständigkeit zur Bescheiderlassung nach § 5a f SPG.

[663] Die Regelung der Errichtung und der Organisierung sonstiger (also bundesfremder) Wachkörper mit Ausnahme der Gemeindewachkörper sowie die Regelung der Bewaffnung der Wachkörper und des Rechts zum Waffengebrauch sind gemäß Art 10 Abs 1 Z 14 B-VG Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung.

von Wachkörper (jedenfalls auch) durch Gebietskörperschaften enthält,[664] so existiert doch keine Bestimmung, die die Errichtung von Wachkörper durch Private ausdrücklich ausschließen oder zulassen würde.

Zur näheren Interpretation der auf die B-VG-Novelle des Jahres 1929[665] zurückgehenden Bestimmungen des Art 78d B-VG wird man mit *Funk*[666] festhalten müssen, dass der Kenntnis der historischen Zusammenhänge in und vor der Zeit der genannten Novelle wesentliche Bedeutung zukommt. Dem genannten Autor zufolge scheinen gerade diese Bestimmungen nicht so sehr allseits durchdachte und geschlossene Regelungen zu sein. Viel mehr dürfte es sich hier um Antworten des historischen Verfassungsgesetzgebers handeln, die unter dem Eindruck der Ereignisse des Juli 1927, allen voran dem Brand des Justizpalastes und den damit einhergehenden Tumulten mit zahlreichen Toten, gemacht wurden.[667] Widmet man sich nun diesen historischen Gegebenheiten näher, so zeigt sich, dass die Ursachen dieser gesellschaftspolitischen Eruption sehr tief lagen. Sie sind in den Spannungen und dem tief verwurzelten Misstrauen der beiden damals einander feindselig gegenüberstehenden politischen Lager, den Sozialdemokraten und den Bürgerlichen, zu sehen. Wesentlich begünstig, wenn nicht gar erst ermöglicht, wurde diese gewalttätige und todbringende Eskalation der seit dem Untergang der Monarchie[668] latent vorhandenen politischen und gesellschaftlichen Spannungen aber letztlich durch die Existenz je bewaffneter Organisationen, die quasi die Privatarmeen der genannten politischen Lager bildeten.[669] Diese bewaffneten paramilitärischen Verbände agierten neben, zum Teil aber sogar auch gegen die legale Staatsmacht.[670] Vor diesem Hintergrund erscheint der Gewaltausbruch des Jahres 1927 in gewisser Weise nur als eine Folge, die unter den damals gegebenen Umständen nur eine Frage der Zeit war.

---

[664] So zB *Faber*, Wachdienste 854; in diese Richtung auch *Pöschl*, Art 78d B-VG Rz 22, sowie *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 131.
[665] B-VGNov vom 07.12.1929, BGBl Nr 1929/392.
[666] *Funk*, Wachkörper 590; ihm folgend zB *Pöschl*, Art 78d B-VG Rz 1.
[667] Siehe zu den geschichtlichen Hintergründen zB *Goldinger*, Geschichte 121 ff; *Oberhummer*, Polizei 304 ff.
[668] So *Pöschl*, Art 78d B-VG Rz 1.
[669] *Goldinger*, Geschichte 124; so bestanden auf sozialdemokratischer Seite der Schutzbund und auf bürgerlicher Seite die Heimwehren; für einen Überblick über die damalige politische Situation, siehe *Funk*, Wachkörper 590 f.
[670] *Goldinger*, Geschichte 124; *Pöschl*, Art 78d B-VG Rz 1.

Die Antwort des Verfassungsgesetzgebers auf diese gesellschaftspolitisch so explosive Situation war es nun, die Polizeigewalt des Bundes durch die Bestimmungen der B-VGNov 1929 gezielt zu stärken und so für eine stabile Sicherheitslage (natürlich nicht nur, aber vor allem im politisch „heißen" Wien) zu sorgen.[671] In der dogmatischen Umsetzung äußerte sich diese Absicht vor allem darin, dass sämtliche wichtige Polizeimaterien in Gesetzgebung und Vollziehung dem Bund übertragen wurden[672], dass die Ermächtigung zur Vollziehung der Sicherheitsagenden in unmittelbarer Bundesverwaltung erweitert wurde[673] sowie in der Möglichkeit der Bundesregierung, durch verfassungsunmittelbare Verordnung Bundespolizeibehörden einrichten zu können.[674] Im Lichte dieser fast vollständigen Zentralisierung der Sicherheitsverwaltung durch die B-VGNov 1929[675] sind aber auch und gerade die Bestimmungen über Wachkörper im Sinn von *Formationen* gemäß dem heutigen Art 78d Abs 1 B-VG[676] (die also bewaffnet oder uniformiert oder sonst nach militärischem Muster eingerichtet zu sein haben und denen funktionell Aufgaben polizeilichen Charakters übertragen sind) zu sehen.[677] Durch diese ausdrückliche Bezugnahme auf Formationen waren ganz bewusst solche Organisationsformen polizeilicher Einheiten gemeint, deren Schlagkraft durch das gemeinsame, zielgerichtete und unter einheitlichem Kommando stehende Vorgehen mehrerer Menschen gegenüber bloß

[671] Hierbei handelte es sich um ein Anliegen beider politischer Parteien; vgl zB *Funk*, Wachkörper 590 f mit Hinweis auf die RV 382 BlgNR 3. GP, 14; *Pöschl*, Art 78a B-VG Rz 5; *Pöschl*, Art 78d B-VG Rz 2 mwH. Weiter angeheizt wurde die sicherheitspolitische Lage in Wien aber nicht zuletzt auch durch die vom damaligen sozialdemokratischen Bürgermeister Seitz eingerichtete Wiener Gemeindewache, die dem bürgerlichen Lager als nicht unwesentlicher Machtfaktor des „roten Wien" ein Dorn im Auge war. Diesbezüglich konnte aber in den Arbeiten zur B-VGNov 1929 ein politischer Kompromiss erzielt und somit etwas Spannung aus der Situation genommen werden. Als Nachfolgeorganisation der 1934 aufgelösten Wiener Gemeindewache besteht bis heute die nach dem 2. Weltkrieg gegründete Wiener Rathauswache fort; vgl dazu *Funk*, Wachkörper 591, 631 f.

[672] So insb auch die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, ausgenommen die örtliche Sicherheitspolizei (Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG).

[673] Aber selbst die den Landeshauptmännern verbliebenen Sicherheitskompetenzen konnten ihnen bei Vorliegen außerordentlicher Verhältnisse nach dem damaligen Art 102 Abs 2 B-VG entzogen werden (ausgenommen allerdings Wien, dessen Landesgebiet sich aber ohnehin mit dem Sprengel der Bundespolizeidirektion Wien deckte).

[674] Ehemaliger Art 102 Abs 6 B-VG; vgl zur B-VGNov 1929 insgesamt *Pöschl*, Art 78a B-VG Rz 5; *Hauer*, Ruhe 150 ff.

[675] Ein weiterer Schritt in Richtung Zentralisierung erfolgte schließlich mit der B-VGNov 1991, mit der die Sicherheitsdirektionen endgültig verfassungsrechtlich verankert wurden; diese waren bis dahin ja nur eine Art Provisorium gewesen; siehe zu dieser Entwicklung zB *Pöschl*, Art 78b B-VG Rz 1 ff mwH.

[676] Ehemaliger Art II § 5 Abs 1 ÜG 1929 (durch die B-VGNov 1991, BGBl 565, aufgehoben), dessen Wortlaut unverändert in Art 78d Abs 1 B-VG übernommen wurde.

[677] So zB *Funk*, Wachkörper 591.

einzelnem oder unkoordiniertem Handeln deutlich gesteigert ist.[678] Unter den damals herrschenden Umständen kam es ja gerade darauf an, mittels des Einsatzes solcher Einheiten für die Wiederherstellung und Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit zu sorgen. Nur mittels solcher polizeilicher Formationen konnte den von nichtstaatlichen paramilitärischen Verbänden ausgehenden Gefahren wirkungsvoll begegnet werden, was auch den beiden bestimmenden politischen Lagern des Jahres 1929 bewusst war.[679] Zu dem schon erwähnten Ziel der Stärkung der staatlichen Polizeigewalt und ihrer Zentralisierung beim Bund passt es unter diesen Vorzeichen daher auch, dass die Wachkörperformationen iSd Art 78d Abs 1 B-VG jedenfalls in irgendeiner Weise militärisch (nämlich entweder bewaffnet[680] oder uniformiert[681] oder „sonst" nach militärischem Muster[682]) organisiert zu sein hatten. Damit sind jedenfalls (und daher nicht nur in der dritten Alternative des „militärischen Musters") auch und vor allem dementsprechend straffe Führungsstrukturen sowie disziplinäre Verpflichtungen mit dazu korrespondierenden Durchsetzungsmöglichkeiten der Entscheidungs-verantwortlichen gemeint, was sich im Grunde aber schon aus dem verfassungsgesetzlichen Begriff der „Formationen" ergibt. Anders als durch straffe Führungs- und Kommandostrukturen wäre ja die durch die Heranziehung von Formationen angestrebte Schlagkraft organisierten menschlichen Vorgehens wohl nicht zu erreichen.[683]

---

[678] Der Begriff „Formationen" entstammt dem Bereich des Militärs und bezeichnet die personell-organisatorische Untergliederung einer Armee (also einen Truppenkörper); die Lehre versteht darunter die Zusammenfassung mehrerer Menschen zu einer Einheit, die entsprechend den Organisationsvorschriften nach außen als solche auftreten und handeln kann, so *Funk*, Wachkörper 592; ihm folgend *Pöschl*, Art 78d B-VG Rz 9 mwH. Das Vorliegen einer Formation setzt eine gewisse Mindestanzahl von Mitgliedern voraus; über die untere Grenze dieser Mitgliederzahl gehen die Meinungen in der Lehre aber auseinander; zwei bis drei Personen werden jedenfalls zuwenig sein; vgl zu den unterschiedlichen Ansichten *Pöschl*, Art 78d B-VG Rz 9 wmH.

[679] *Funk*, Wachkörper 590 f mit Hinweis auf die RV 382 BlgNR 3. GP, 14.

[680] Darunter ist zumindest eine Ausrüstung mit Schusswaffen zu verstehen; so *Funk*, Wachkörper 592; *Pöschl*, Art 78d B-VG Rz 10; *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 133.

[681] Diese liegt erst bei Volluniformierung vor; *Funk*, Wachkörper 592; *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 133; *Pöschl*, Art 78d B-VG Rz 10 mH zur Judikatur.

[682] ZB militärischer Dienstbetrieb, durchlaufendem 24-Stunden-Turnus, entsprechende Ausbildung; siehe *Funk*, Wachkörper 592, demzufolge im Zusammenhang mit der Formulierung „nach militärischem Muster" auf echte militärische Verbände abzustellen ist; weiters *Pöschl*, Art 78d B-VG Rz 10; *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 133.

[683] Der Begriff „Formation" stammt ja gerade aus dem militärischen Bereich, so *Funk*, Wachkörper 592 wmN in FN 20; insofern kommt mE der Bezugnahme auf den militärischen Charakter von Formationen im Wortlaut des Art 78d Abs 1 B-VG bloß deklarative Wirkung zu.

Nach diesen Überlegungen zur historischen gesellschaftspolitischen Situation und der sich daraus offenbarenden Interessenslage des historischen Verfassungsgesetzgebers kann die oben gestellte Frage nach der Zulässigkeit privat eingerichteter bzw betriebener Wachkörper rundweg verneint werden. Denn wenn gerade nichtstaatliche Organisationen es waren, derentwegen staatliche Formationen gegründet werden mussten, wenn gerade die Stärkung und Zentralisierung der Polizeigewalt beim Bund als staatlichem Rechtsträger beabsichtigt war und wenn damit verbunden zur Stärkung der Schlagkraft polizeilicher Einheiten ihre (wie immer geartete) „Militarisierung" bzw „Formierung" und - damit jedenfalls verknüpft - möglichst straffe Führungsstrukturen verfassungsgesetzlich vorgeschrieben wurden, so muss wohl unter Beachtung all dieser Umstände aus den Bestimmungen über Wachkörper geschlossen werden, dass sie jeder nichtstaatlichen (und damit insb der privaten) Errichtung entgegenstehen. Dies insb auch deshalb, da mit jeder Form der Entstaatlichung (und daher auch im Speziellen bei funktionellen Privatisierungen von Wachkörper) - wie oben unter Punkt 6.1.2 gezeigt - zwangsläufig eine Reduktion staatlicher Ingerenzmöglichkeiten und damit eine Schwächung des staatlichen Einflusses in den Führungs- und Kommandostrukturen verbunden ist. Gerade dies würde aber den soeben zusammengefassten Interessen des historischen Verfassungsgesetzgebers (allen voran dem Ziel der Zentralisierung und Stärkung der Polizeigewalt bei Bund) entgegenlaufen.[684] Anhaltspunkte dafür, dass sich diese Interpretationsgesichtspunkte bis zum heutigen Stand geändert hätten, sind keine ersichtlich.[685] Unterstützung findet diese Ansicht schließlich auch in der Tatsache, dass in der betreffenden Bestimmung der B-VGNov 1929[686] vom Wachkörperbegriff ausdrücklich das zum Schutz einzelner Zweige der Landeskultur aufgestellte Wachpersonal (genannt werden insb die Bereiche Land- und Forstwirtschaft, Bergbau, Jagd und Fischerei, die Organe der Marktaufsicht, Feuerwehr) ausgenommen wurde. Auch daraus kann der Schluss gezogen werden, dass der damalige

[684] In diese Richtung auch *Pöschl*, Art 78d B-VG Rz 22, und *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 131, die beide der Ansicht sind, dass der Verfassungsgesetzgeber an die Errichtung von Wachkörper durch andere Rechtsträger als Gebietskörperschaften erst gar nicht gedacht hat bzw dass er es als selbstverständlich vorausgesetzt hat, dass Wachkörper nur vom Staat betrieben werden können; ihnen folgend *Faber*, Wachdienste 854.

[685] Eher das Gegenteil ist der Fall, da ja durch die B-VGNov 1991 das bisherige Provisorium der Sicherheitsdirektionen quasi einzementiert und damit die Zentralisierung beim staatlichen Rechtsträger Bund weiter verfestigt wurde.

[686] Art II § 5 Abs 1 Bundesverfassungsgesetz vom 07. Dezember 1929, betreffend Übergangsbestimmungen zur zweiten Bundes-Verfassungsnovelle, BGBl 1929/393.

Verfassungsgesetzgeber hinsichtlich der von ihm schon im Jahre 1920 vorgefundenen Fälle der Übertragung hoheitlicher Befehls- und Zwangsbefugnisse auf Private (siehe dazu auch Punkt 9.3.2) nicht wollte, dass das betreffende Personal in der beschriebenen Form von Wachkörpern (also „militärisch" im Sinne einer Formation bzw als geschlossene Einheit) organisiert wird.[687]

In der verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit der Errichtung von Wachkörpern iSd Art 78d Abs 1 B-VG durch Private wäre nun nach der oben herausgearbeiteten Unzulässigkeit der Beleihung Privater zu eigenen Sicherheitsbehörden iSd Art 78a B-VG die zweite absolute Grenze für die Beteiligung Privater an der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben gefunden.[688]

Dass Private keine Wachkörper iSd Art 78d Abs 1 B-VG errichten dürfen, bedeutet aber mE noch immer nicht, dass damit die Untersuchung schon abzubrechen wäre. Es ist ja immerhin noch möglich, das Private eben nicht als Wachkörper, sondern in einer anderen Form der Organisation als behördliche Hilfsorgane an der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben beteiligt werden können.[689]
Bei einer solchen anderen Organisationsform behördlicher Hilfsorgane wäre - im Gegensatz zum geschlossenen Einsatz als Formation - an den Einsatz bloß einzeln einschreitender Hilfsorgane bzw an den Einsatz in einer solchen personellen Anzahl zu denken, dass im Ergebnis gerade noch keine Formation iSd Art 78d Abs 1 B-VG vorliegt.[690] Es ist wohl davon auszugehen, dass eine derartige (Wachkörper nicht ersetzende, sondern ergänzende) Organisationsform exekutiver Hilfsorgane nicht schon von vornherein ausgeschlossen ist, solange nur die Möglichkeit des Einsatzes unmittelbar staatlicher Wachkörper in ausreichender personeller Stärke aufrecht

[687] *Faber*, Wachdienste 854.
[688] Im Ergebnis ebenso *Pöschl*, Art 78d B-VG Rz 22; wohl auch *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 131; keine endgültige Festlegung bei *Funk*, Wachkörper 631.
[689] Zu den verschiedenen Organisationsformen von Exekutivorganen siehe *Funk*, Verwaltungsakt 156 f.
[690] ZB, wenn bloß zwei oder drei derartige Private als exekutive Hilfsorgane zum Einsatz kommen sollen. Auf was es also ankommt ist, dass nach den Vorschriften einer solchen Organisationsform der geschlossene Einsatz der einzelnen Hilfsorgane nicht möglich sein darf; *Pöschl*, Art 78d B-VG Rz 22, spricht hier von „schlichten" Wacheorganen. Man kommt in diesem Zusammenhang fast nicht umhin, zur Orientierung des hier Gemeinten einen Vergleich zu den in Art 78d Abs 1 B-VG demonstrativ aufgezählten Ausnahmen vom Wachkörperbegriff (zB Jagd- und Fischereiaufsichtsorgane) vorzunehmen; vgl dazu *Funk*, Wachkörper 592.

bleibt.[691] Was bleibt ist lediglich die Frage, ob eine solche zu Wachkörpern kumulative Organisationsform exekutiver Kräfte grundsätzlich auch Privaten im Rahmen funktioneller Privatisierungen im Bereich der allgemeinen Sicherheitspolizei zugänglich ist.

Zur Beantwortung dieser nun aufgeworfenen Frage können mE aus den bislang behandelten Bestimmungen der Art 78a ff B-VG keine hinreichend klaren Anhaltspunkte gewonnen werden. Was allerdings durch die bisherigen Überlegungen unbestreitbar zu Tage gefördert wurde ist die verfassungsrechtliche „Tendenz", dass im Zusammenhang mit der allgemeinen Sicherheitspolizei gemäß dem Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG die genannten organisatorischen Bestimmungen der Bundesverfassung unübersehbar in Richtung unmittelbarer Staatlichkeit der eingesetzten (Hilfs-) Organe weisen. Auch wenn dieser Umstand natürlich bei der weiteren Auflösung der dieser Untersuchung zugrunde liegenden Themenstellung angemessen zu berücksichtigen sein wird, so bleibt doch noch ein Rest an Unklarheit. Um dieses verbleibende Dunkel weiter illuminieren zu können, ist es nun daher an der Zeit zu untersuchen, welche dogmatische Stellung der allgemeinen Sicherheitspolizei im Staat bzw im Staatsrecht insgesamt zukommt, bzw, ob diese Stellung so „stark" ausgeformt ist, dass sicherheitspolizeiliche Aufgaben schon aufgrund der Verfassung überhaupt nur von unmittelbar staatlichen Organen wahrgenommen werden können. In gewisser Weise geht es also nun um den funktionellen Teil der Wachkörperdefinition des Art 78d Abs 1 B-VG (nämlich den „Aufgaben polizeilichen Charakters", unter denen in systematisch-teleologischer Betrachtung der Art 78a ff B-VG iVm Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG wohl jedenfalls auch und

[691] Insofern besteht also mE vor dem historisch-teleologischen Hintergrund (nämlich der Stärkung der staatlich-polizeilichen befehls-, vor allem aber zwangsbewehrten Durchsetzungsmöglichkeiten) der verfassungsrechtliche Auftrag an den einfachen Gesetzgeber, gemäß der Kompetenzbestimmung des Art 10 Abs 1 Z 14 B-VG für die Existenz unmittelbar staatlicher Wachkörper iSd Art 78d Abs 1 B-VG zu sorgen. Das Verbot einer quasi zusätzlichen Organisationsform sicherheitspolizeilicher Hilfskräfte als Ergänzung der Wachkörper des Art 78d Abs 1 B-VG lässt sich daraus mE aber nicht ableiten; so offenbar auch *Pöschl*, Art 78d B-VG Rz 22. Diese Ansicht wird mE insb durch § 5 Abs 2 Z 3 SPG bestätigt, der ja auch die zur Ausübung von verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt ermächtigten Angehörigen des rechtskundigen Dienstes von Sicherheitsbehörden zu Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes erklärt, obwohl die genannten rechtskundigen Bediensteten definitiv keine(n) Wachkörper bilden, so *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz S 102.

im Besonderen der Bereich der sicherheitspolizeilichen Aufgaben zu verstehen sein wird).[692] Diese Untersuchung soll nun im Anschluss versucht werden.

7.3.2 Objektivrechtliche Bedeutung der allgemeinen Sicherheitspolizei

Um nun herauszufinden, ob die Verfassung schon aus objektiv-staatsrechtlicher Sicht der allgemeinen Sicherheitspolizei über die zu den organisatorischen Bestimmungen der Art 78a B-VG und Art 78d B-VG herausgearbeiteten absoluten Grenzen hinaus eine derart hohe Bedeutung zumisst, der zur Folge eine Beteiligung Privater an ihrer Erfüllung gänzlich ausgeschlossen ist, sind mangels ausdrücklicher Regelungen die thematisch einschlägigen verfassungsrechtsdogmatischen Anknüpfungspunkte zu beleuchten.

Ein solcher thematischer Bezugspunkt findet sich schon einmal im Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG. Die Aussagekraft dieser Bestimmung hinsichtlich der oben aufgeworfenen Frage nach der staatsrechtlichen Bedeutung der allgemeinen Sicherheitspolizei ist aber sehr beschränkt. Es wird ja nur der Gebietskörperschaft Bund die Kompetenz verliehen, entsprechende einfachgesetzliche Regelungen auf dem Gebiet der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit einschließlich der ersten allgemeinen Hilfeleistung (ausgenommen aber natürlich die örtliche Sicherheitspolizei) zu treffen. Gleichzeitig wird durch die Aufnahme dieser Materie in Art 10 B-VG klargestellt, dass der Bund als Rechtsträger für die Erfüllung der Aufgabe (letzt-[693]) verantwortlich ist, und zwar auch dann, wenn andere Rechtsträger als funktionelle Organe seine Aufgaben erfüllen. Ein über die bloße Ermächtigung zur Gesetzgebung und der Verantwortlichkeit hinsichtlich der Vollziehung etwaig erlassener Regelungen hinaus gehender Gehalt lässt sich dieser Bestimmung aber nicht entnehmen. Insbesondere ergibt sich allein aus der

[692] Vgl *Funk*, Wachkörper 591 f.
[693] Gemeint vor allem im haftungsrechtlichen Sinn; siehe dazu ausführlicher oben Punkt 2.3.3.1.

Kompetenzbestimmung des Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG (noch) keine Verpflichtung für den Bund, entsprechende einfachgesetzliche Regelungen auch tatsächlich zu erlassen.[694]

Ein weiterer dogmatischer Anknüpfungspunkt für die Erhellung der objektivrechtlichen Bedeutung der allgemeinen Sicherheitspolizei lässt sich in dem schon oben erwähnten Art 78a Abs 2 B-VG finden. Wie bereits dargestellt, kann in dieser Bestimmung über die Normierung der verfassungsrechtlichen Aufgabe zur Leistung ersten allgemeinen Hilfe hinaus auch ganz generell die Verpflichtung zur Erfüllung der allgemeinen Sicherheitspolizei durch unmittelbar staatliche Sicherheitsbehörden gesehen werden.[695] Damit wird aber auch zum Ausdruck gebracht, dass dem Verfassungsgesetzgeber an der Erfüllung der Materie der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit in besonderem Maße gelegen ist.[696] Ob damit aber auch gesagt werden soll, dass tatsächlich jede Beteiligung nichtstaatlicher (insb aber privater) Rechtsträger an der Erfüllung welcher sicherheitspolizeilichen Aufgaben auch immer schon von vornherein ausgeschlossen ist, lässt sich mE noch nicht mit der notwendigen Bestimmtheit sagen.

Als thematisch einschlägig ist weiters Art 79 Abs 2 Z 1 lit a und b B-VG in den Blick zu nehmen. Diese Bestimmung normiert für das Bundesheer die (verfassungsrechtliche Staats-) Aufgabe, grundsätzlich[697] aufgrund entsprechender Inanspruchnahme durch die gesetzmäßige zivile Gewalt auch über den Bereich der militärischen Landesverteidigung hinaus zum Schutz der verfassungsmäßigen Einrichtungen und ihrer Handlungsfähigkeit sowie der demokratischen Freiheiten der Einwohner und zur Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit im Inneren überhaupt tätig zu werden.[698] Dadurch wird zugleich aber auch zum Ausdruck gebracht, dass die soeben genannten Aufgaben auch und vor allem verfassungsrechtliche Staatsaufgaben der jeweiligen zivilen Gewalt darstellen.[699] Da nach der hM die genannte Bestimmung jedenfalls auch

[694] Allein aus Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG ergibt sich also kein Auftrag für die Gesetzgebung; siehe zB *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 1 Rz 19.063; *Funk*, Probleme 11; *Pabel*, Ausgliederung 225; dass sich aber natürlich etwas Anderes insb aus grundrechtlichen Schutzpflichten ergeben kann, ist an dieser Stelle nur zu erwähnen, aber nicht weiter zu diskutieren.
[695] Siehe dazu die Nachweise oben unter Punkt 7.3.1.2.
[696] Vgl nur *Merkl*, Verwaltungsrecht 297.
[697] Die Zulässigkeit des selbständigen Einschreitens des Bundesheeres in Ausnahmefällen regelt diesbezüglich Art 79 Abs 5 B-VG.
[698] Siehe dazu ausführlich *Funk/Stern*, Assistenzeinsatz 85 ff.
[699] So ausdrücklich *Hauer*, Ruhe 8.

den Bereich der allgemeinen Sicherheitspolizei erfasst[700] und diese - nach dem in dieser Untersuchung vertretenen Standpunkt - den in Art 78a Abs 1 B-VG angeführten Sicherheitsbehörden zugewiesen ist, wird daher auch durch Art 79 Abs 2 Z 1 lit a und b B-VG (neben Art 78a Abs 2 B-VG) die allgemeine Sicherheitspolizei als verfassungsrechtliche Staatsaufgabe festgelegt und damit ihre verfassungsrechtliche Anerkennung positiviert.[701]

Dass die Verfassung der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit eine gewisse Bedeutung beimisst, zeigt sich auch in der Bestimmung des Art 20 Abs 3 B-VG. Demnach sind insb alle mit der Erfüllung von Staatsaufgaben betrauten Organe zur Verschwiegenheit über alle ihnen ausschließlich aus ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen verpflichtet, sofern deren Geheimhaltung insb auch im Interesse der allgemeinen Sicherheitspolizei iSd Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG geboten und gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Dieses Gebot zur Amtsverschwiegenheit gilt auch für die Mitglieder der Bundesregierung gegenüber dem Nationalrat und dem Bundesrat im Rahmen der Ausübung ihrer politischen Kontrolle gemäß Art 52 B-VG.[702]
In diesem Zusammenhang ist aber auch Art 52a Abs 2 B-VG[703] zu erwähnen, der die Amtsverschwiegenheit des Art 20 Abs 3 B-VG hinsichtlich der Staatspolizei[704] und der militärischen Nachrichtendienste zugunsten bestimmter parlamentarischer Unterausschüsse erheblich einschränkt.[705] Dennoch können aber auch hier die betroffenen Bundesminister aus Gründen der nationalen Sicherheit sowie der Sicherheit von Menschen Auskünfte an diese Ausschüsse sowie deren Einsichtnahme in entsprechende Unterlagen verweigern. Auch die Amtsverschwiegenheit der Volksanwaltschaft gegenüber dem Nationalrat besteht nach Art 148b Abs 2 B-VG (nur,

[700] Nach *Hauer*, Ruhe 358 ff, und *Mayer*, Kommentar 300, geht der Tatbestand des Art 79 Abs 2 Z 1 lit b B-VG deutlich über die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit iSd Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG hinaus.
[701] *Hauer*, Ruhe 8, 358 f.
[702] *Mayer*, Kommentar 250.
[703] Ebenfalls durch die B-VG-Novelle 1991 (BGBl Nr 1991/565) eingeführt.
[704] Art 52a Abs 1 B-VG spricht vom Schutz der verfassungsmäßigen Einrichtungen und ihrer Handlungsfähigkeit; vgl zum Staatsschutz insb *Hauer*, Ruhe 23 ff.
[705] So *Mayer*, Kommentar 252.

aber doch) insoweit, als dies im Interesse der nationalen Sicherheit oder der Parteien geboten ist.[706]

Schließlich sind im Rahmen dieses Überblicks auch die materiellen Eingriffsvorbehalte der EMRK[707] zu erwähnen. Diese gestatten Eingriffe in die jeweiligen Verbürgungen unter anderem nur insoweit, als sie in einer demokratischen Gesellschaft insb auch der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dienen. Auch darin kommt also die (sogar völkerrechtliche) Anerkennung der Bedeutung dieser Materie zum Ausdruck, auch wenn aus den genannten Eingriffsvorbehalten allein - ähnlich wie bei den nationalen Kompetenzbestimmungen - noch keine konkreten Verpflichtungen des Gesetzgebers oder der Vollziehung abgeleitet werden können.

7.3.3 Zwischenergebnis

Insgesamt zeigt dieser Überblick, dass die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit iSd Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG bzw die einzelnen von dieser Begriffstrias erfassten „Teile", wie insb die nationale Sicherheit, der Schutz der verfassungsmäßigen Einrichtungen und ihrer Handlungsfähigkeit sowie die Sicherheit von Menschen[708] zwar an mehreren Stellen der Bundesverfassung Beachtung gefunden haben und dass damit doch ein gewisses Maß an Bedeutung dieser Inhalte verfassungsrechtlich zum Ausdruck gebracht wurde. Gleichzeitig ist aber auch zu sehen, dass sich konkrete dogmatische Anknüpfungspunkte hinsichtlich der pointierten Frage nach der Zulässigkeit der Beteiligung Privater an der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben als Hilfsorgane - und zwar in anderer Form als Wachkörper gemäß Art 78d Abs 1 B-VG - nicht finden lassen.

Ich bin daher der Ansicht, dass nach den bisher gefundenen Anhaltspunkten noch nicht mit hinreichender Sicherheit gesagt werden kann, ob tatsächlich auf allen von der

[706] Ansonsten besteht die Amtsverschwiegenheit auch der Volksanwaltschaft im gleichen Umfang wie für jedes Organ, an das die Volksanwaltschaft in Erfüllung ihrer Aufgaben herangetreten ist (Art 148b Abs 2 B-VG).

[707] Vgl dazu jeweils die Absätze 2 der Art 8 bis 11 EMRK. Die konkreten Formulierungen weichen teilweise von einander ab, ohne dabei aber wesentlich anderes zu normieren. Jedenfalls erfassen sie aber die Schutzgüter der allgemeinen Sicherheitspolizei iSd Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG, nämlich den Schutz des Staates, der Person und ihres Eigentums.

[708] Vgl zur Bedeutung dieser Begriffstrias und ihren jeweiligen Teilgehalten im Sinne der Kompetenzbestimmung des Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG insb *Hauer*, Ruhe 79 ff.

allgemeinen Sicherheitspolizei erfassten Betätigungsfeldern - die ja bekannter Maßen von bloßen Streifendiensttätigkeiten über gezielte Bewachungsmaßnahmen in Bezug auf gefährdete Personen, Sachen oder Vorhaben bis hin zum gewaltsamen und bewaffneten Einschreiten gegen Schwerstkriminelle reichen - private Erfüllungshandlungen möglich sind oder nicht. Meiner Ansicht nach würde daher die allenfalls aus der bisher dargestellten verfassungsrechtlichen Bedeutung der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit bzw die aus ihren jeweiligen Teilinhalten extrahierte Auffassung der Unzulässigkeit jeglicher privater Beteiligung doch deutlich über das Ziel einer nachvollziehbaren Interpretation hinausschießen.[709] Jedoch lässt sich mE immerhin festhalten, dass durch die zu diesen einzelnen Teilinhalten aufgezeigten dogmatischen Anknüpfungspunkte das oben zu den organisatorischen Bestimmungen der Sicherheitsbehörden und Wachkörper iSd Art 78a ff B-VG erzielte Interpretationsergebnis nur bestätigt und bekräftigt wird, wonach nämlich eben diese Sicherheitsbehörden und Wachkörper keiner selbständigen privaten Rechtsträgerschaft zugänglich sind. Mehr - nämlich in Bezug auf die verfassungsrechtliche Zulässigkeit etwaiger privater Exekutivorgane in einer zu Wachkörpern iSd Art 78d Abs 1 B-VG kumulativen Organisationsform - ist aus den bisher untersuchten Bestimmungen aber mE nicht zu gewinnen.

Dieses insgesamt vorerst nicht allzu ergiebige Ergebnis kann mE auch nicht besonders verwundern. Man braucht ja wiederum nur daran zu denken, dass die Verfassung ursprünglich ganz bewusst wertneutral gehalten wurde, um in einer politisch äußerst turbulenten Zeit vor allem den Wechsel von der bis dahin traditionellen Staatsform der Monarchie zu jener der Republik zu meistern. An die Regelung des damals bereits vorgefundenen Phänomens der Beteiligung Privater an der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben hat man da offensichtlich nicht gedacht (siehe dazu noch einmal die Punkte 9.2.2.2 und 9.3.2.2). Die trotz der betont rechtspositivistischen Ausrichtung „verbleibenden“ bzw „unvermeidlichen“ Wertaussagen der einschlägigen Verfassungsbestimmungen zum staatsorganisatorischen Verhältnis zwischen Staat und

[709] Wie hier *Kneihs*, Befehl 398; anders aber ausdrücklich *Stolzlechner*, Übertragung 59 f, demzufolge im Zusammenhang mit Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG jede Beteiligung nichtstaatlicher Rechtsträger an hoheitlich zu erfüllenden Aufgaben unzulässig sei; eine echte Begründung für diese seine Ansicht bleibt er aber - so wie schon der VfGH in VfSlg 14.473/1996 - leider schuldig.

Gesellschaft reichen dann halt einfach nicht aus, um zu allgemein anerkannten und überzeugenden Ergebnissen zu gelangen. Genau darin dürfte schließlich auch der Grund dafür zu suchen sein, warum bis heute im Zusammenhang mit der Suche nach Möglichkeiten und Grenzen der Beteiligung Privater an der allgemeinen Sicherheitspolizei keine wirklich zufrieden stellende Antworten gefunden werden konnten.[710]

Aufbauend auf diesem vorläufigen Zwischenergebnis ist die Untersuchung nun fortzusetzen. Hierbei wird im Weiteren zu bedenken sein, dass die bereits erwähnte und der österreichischen Verfassung so eigene „Wertneutralität" ja nur für das Staatsorganisationsrecht gilt. Ein anderes Bild zeigt sich aber dann, wenn es um den einzelnen Menschen als Rechtssubjekt und seine Stellung in und zum Staat geht. Dieser Bereich der Rechtsordnung ist bekanntlich vor allem in den Grundrechten, oder wie sich das österreichische B-VG auszudrücken pflegt: in den „verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten"[711] enthalten. Ich möchte daher dem vom VfGH in seinem Zivildienst-Erkenntnis[712] gemachten Fingerzeig folgen und aus einem auf das einzelne Individuum bezogenen Standpunkt heraus untersuchen, ob sich (über die bereits oben erzielten Ergebnisse hinsichtlich der Sicherheitsbehörden und Wachkörper hinaus) für die Frage nach den Möglichkeiten und Grenzen der Beteiligung Privater an der Erfüllung von Aufgaben der allgemeinen Sicherheitspolizei hinreichend begründbare Antworten finden lassen.

Zuvor ist aber noch einmal auf das schon oben im Zusammenhang mit der Erörterung des quantitativen Elements in den Punkten 6.1.1 und 6.1.2 angesprochene Problem einer etwaigen „Bereichsabgrenzung" bzw einer „Bereichsabwägung" zurückzukommen. An den genannten Stellen sowie speziell in Punkt 6.3 ergab sich ja insb unter Bezugnahme auf das in der Entscheidung VfSlg 14.473/1996 vom VfGH herangezogene Kriterium der „vereinzelten Aufgaben" die Frage, ob im Falle einer (vorerst als grundsätzlich

[710] Insb was sie Frage betrifft, ob die allgemeine Sicherheitspolizei bzw die Innere Sicherheit überhaupt tatsächlich jeder privaten Beteiligung unzugänglich ist und es sich daher insoweit um „Kernaufgaben" handelt oder nicht; siehe dazu die zahlreichen Literaturnachweise an den einschlägigen Stellen dieser Arbeit.
[711] Art 144 Abs 1 B-VG.
[712] VfSlg 17.341/2004.

zulässig unterstellten) Einbindung nichtstaatlicher Rechtsträger in die Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben ebenfalls eine „Bereichsabgrenzung“ zum Zwecke einer - allerdings immer nur als eine Art Zwischenstufe in gesamten Prüfung[713] anzusehenden - „Bereichsabwägung“ stattzufinden habe.

Hinsichtlich der oben dargestellten dogmatischen Anknüpfungspunkte zur „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit“ bzw zu ihren jeweiligen - immer wieder auch gesondert angesprochenen - normativen Teilinhalten erscheit es mE nun mehr als zweifelhaft, ob dem Verfassungsgesetzgeber tatsächlich die Anordnung einer solchen „Bereichsabgrenzung“ zum Zwecke einer „Bereichsabwägung“ zugesonnen werden kann. Dies liegt meiner Ansicht nach ganz einfach daran, dass der Verfassungsgesetzgeber an keiner Stelle auch nur ansatzweise erkennen lässt, dass er auf eine solche „Bereichsabgrenzung“ oder „Bereichsabwägung“ im hier gemeinten Sinn Bezug genommen hätte. So ist nämlich mE zu berücksichtigen, dass auf verfassungsrechtlicher Ebene - und nur die kommt in gegebenem Zusammenhang in Betracht - die allgemeine Sicherheitspolizei bzw die „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit“ keineswegs durchgängig als einheitliches Rechtsgebiet angesprochen wird. Wie aus den oben dargestellten normativen Anhaltspunkten ersichtlich ist, werden vielmehr regelmäßig nur bestimmte Teilinhalte der insoweit doch heterogenen „Gesamtmaterie“ der allgemeinen Sicherheitspolizei iSd Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG gesondert erwähnt (so zB in Art 52a Abs 1 und 2 B-VG hinsichtlich der „Sicherheit von Menschen“, der „nationalen Sicherheit“ oder der „Schutz der verfassungsmäßigen Einrichtungen“). Damit lässt sich schließlich auch aus der insoweit hervorleuchtenden verfassungsrechtlichen Bedeutung dieser jeweils einzeln und gesondert angesprochenen Teilinhalte mE (noch) keine normative Notwendigkeit einer „sicherheitspolizeilichen“ (oder sonst wie zu benennenden) „Bereichsabgrenzung“ begründen.

Die Konsequenz dieser Überlegungen kann daher mE nur das Ergebnis sein, dass auch im Fall der etwaigen einfachgesetzlichen Einbindung Privater in die Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben iSd SPG „nur“ eine Abwägung am Maßstab der demokratischen Legitimation der staatlichen Verwaltung als Gesamtheit durchzuführen ist. Für eine irgendwie bestimmte „interne“ und insoweit „engere“ Abwägung im

[713] Siehe dazu auch das insgesamt vierteilige Prüfschema unten in Punkt 9.5.

Rahmen einer irgendwie bestimmten „Bereichsabgrenzung“ (insb im Rahmen eines irgendwie bestimmten allgemeinen „polizeilichen“ oder speziellen „sicherheitspolizeilichen“ Bereichs) lassen sich dagegen keine entsprechend deutlichen verfassungsrechtlichen Anhaltspunkte finden, auch wenn dies unter Umständen zur leichteren Handhabbarkeit des Problems der verfassungsrechtlichen Beurteilung „nichtsstaatlicher Erfüllungsbeteiligungen“ durchaus verlockend sein möge.[714]

7.4 Grundrechtlicher Ansatz[715]

7.4.1 Individualbezogenheit der Grundrechtsordnung

Dass die Grundrechte das Ergebnis einer steten und unvermeidlichen Konfrontation zwischen Staat und Gesellschaft darstellen, braucht an dieser Stelle nicht näher ausgebreitet zu werden.[716] Ebenso ist es wissenschaftlicher Gemeinplatz, dass es Grundrechte nicht nur in Europa gibt, sondern dass sich grundrechtliches Gedankengut in den unterschiedlichsten Rechtsordnungen rund um den Globus finden lässt.[717] Dies bedeutet aber keineswegs, dass Grundrechte immer und überall in der Welt in gleicher Weise ausgestaltet wären. Vielmehr drängt sich hier in den letzten Jahrzehnten die Spannungslage zwischen den speziell auf das einzelne Individuum abstellenden Grundrechten der westlichen Welt[718] und den dagegen hauptsächlich auf das gesellschaftliche Kollektiv Bezug nehmenden Grundrechten der asiatischen und afrikanischen Staaten in den Vordergrund. Dass diese unterschiedlichen Sichtweisen ihren eigentlichen Ausgangspunkt in den in der jeweiligen Gesellschaft tief verwurzelten ethisch bzw philosophisch, vor allem aber religiös geprägten

[714] Siehe dazu auch noch einmal am Ende von Punkt 11.2 hinsichtlich einer möglichen Regelung de lege ferenda.
[715] Vgl dazu auch schon die Bemerkungen bei *Pabel*, Ausgliederung 228 ff, die allerdings tatsächlich über einen bloßen Ansatz nicht hinausgehen.
[716] Siehe nur *Adamovich*, Grundrechte 8 f.
[717] Vgl nur *Adamovich*, Grundrechte 8; *Pahr*, Menschenrechte 5 f.
[718] Diesen Bezug auf das einzelne Individuum betonen jüngst wieder *Berka*, RichterInnen 114 f; *Schöbener*, Staatslehre 115 ff, 122 ff.

Menschenbildern haben, ist wiederum hM und bedarf daher an dieser Stelle keiner weiteren Ausführungen.[719]

Wenn gesagt wurde, dass die Grundrechte der westlichen Welt nicht das gesellschaftliche Kollektiv, sondern das einzelne Individuum in den Vordergrund stellen, so bedeutet das aber natürlich nicht, dass hier nicht auch das gesellschaftliche Gemeinwohl von Bedeutung wäre. Aufbauend auf der - für das Verständnis moderner demokratisch-rechtsstaatlicher Verfassungen nach wie vor grundlegenden, von Rationalismus und Individualismus[720] gekennzeichneten - Philosophie des neuzeitlichen Europa[721] ist es ja gerade die Orientierung auf das Gemeinwohl, die dem mit originärer Herrschaftsmacht ausgestattetem Staat seine Legitimität zu verleihen vermag. Dennoch konstituieren sich die westlichen Grundrechtsordnungen vom Interesse des einzelnen Individuums her, seine Gleichheit im Verhältnis zu allen anderen Menschen, weiters seine Freiheit sowie seine existentiellen Notwendigkeiten zu sichern und die Entfaltung seiner Persönlichkeit (man könnte auch sagen: seine Selbstverwirklichung) zu ermöglichen.[722] Allgemeine gesellschaftliche - und damit eben dem Gemeinwohl entspringende - Interessen dürfen die solcherart geprägten grundrechtlichen Positionen der Einzelnen nur bei entsprechender Erforderlichkeit bzw Verhältnismäßigkeit einschränken; ansonsten haben sie gegenüber dem individuellen Interesse zurückzustehen. Dies ist letztlich nichts Anderes als die Konsequenz der (philosophisch zu beweisenden, hier aber nicht näher diskutierten) Ausgangsbedingung, dass nur dem jeweils einzelnen menschlichen Individuum, nicht aber der sich zum Staat verdichteten Gemeinschaft (oder gar ihren jeweiligen Institutionen) ein Wert an sich - also ein

[719] Siehe dazu die überblicksmäßigen Ausführungen bei *Pahr*, Menschenrechte 5 f, sowie *Burger*, Menschenwürde 55 ff; *Korinek/Gutknecht*, Grundrechte 291 ff, *Korinek/Gutknecht*, Werte 81 ff, sowie *Schambeck*, Demokratie 241, betonen in diesem Zusammenhang die christlichen Wurzeln der westlich geprägten Kultur.

[720] So zB *Pahr*, Menschenrechte 4; *Schöbener*, Staatslehre Rz 74 ff; vgl auch *Köchler*, Menschenrechtskonformität 97 ff, mit seiner grundsätzlichen Kritik an repräsentativ-demokratischen Systemen, die seiner Ansicht nach allesamt nicht mit den anthropologischen Grundlagen der Menschenrechte vereinbar sind; einen ausführlichen Überblick über die geschichtliche Entwicklung der philosophischen Grundlagen bietet *Mader*, Philosophie 137 ff.

[721] Vlg dazu insb die Schriften von *Locke*, *Hobbes*, *Rousseau*, *Montesquieu*, *Bodin* und anderer herausragender Philosophen.

[722] Erinnert sei hier nur an die Ausführungen zu den Staatszwecken in Punkt 2.1.3; siehe weiters zB *Pöschl*, Gleichheit 547 ff; *Weiß*, Privatisierung 97 ff.

Selbstzweck und damit Würde - zukommt.[723] Diesem philosophischen Ansatz zufolge hat daher letztlich jede sich äußernde Staatlichkeit am einzelnen Menschen seinen Ausgangs- und Bezugspunkt zu nehmen.[724]

Auch die österreichische Rechtsordnung ist - insb unter Bezugnahme auf ihr demokratisches und rechtsstaatliches Baugesetz - nach dem ebengenannten grundsätzlichen Muster aufgebaut. Abgesehen vom allgemeinen, gleichen und freien Wahlrecht zu den gesetzgebenden Körperschaften des Bundes und der Länder als wichtigste Möglichkeit des Einzelnen, an der staatlichen Willensbildung aktiv teilzunehmen, wird insb in den Grundrechten in unübersehbarer Weise auf das einzelne Individuum abgestellt, sei es, dass wie im StGG 1867 hauptsächlich nur Staatsbürger angesprochen werden, sei es, dass sie - wie die Verbürgungen der EMRK - tatsächlich für jedermann gelten. Demgegenüber stellen jene Fälle, in denen in grundrechtlichen Zusammenhängen ganze Teile der Gesellschaft als Kollektiv angesprochen werden[725], nur Ausnahmen von der Regel dar. In diesem Sinne manifestiert sich also ganz konkret die Individualbezogenheit der Grundrechtsordnung.[726] Da die Grundrechte in weiterer Folge aber auch als inhaltliches Substrat der materiellen Seite des rechtsstaatlichen Baugesetzes auf das „einfache Verfassungsrecht“ sowie - vermittelt durch das methodologische Institut der verfassungskonformen Interpretation - auf die gesamte einfachgesetzliche Rechtsordnung einwirken, lässt sich mE auch von der Individualbezogenheit der (gesamten) Rechtsordnung sprechen. So betrachtet mag dies schließlich auch die Erklärung dafür sein, warum aus dem oben erörterten - rein auf das objektive Staatsrecht Bezug nehmenden - Ansatz (noch) keine hinreichend klare Antwort auf die Frage nach den Grenzen einer privaten Beteiligung an der allgemeinen

[723] Vgl dazu zB *Schambeck*, Verfassung 248, mit seiner Aussage, dass die Staatsorganisation zwar die Grundlage jeder Verfassung bilde, dass ihr aber kein Selbstzweck zukomme; siehe auch *Pernthaler*, Menschenwürde 616 f, demzufolge als Konsequenz der Anerkennung der Menschenwürde als allgemeines Strukturprinzip des staatlichen Rechts auch das Gemeinwohl und alle daraus abgeleiteten Beschränkungen der individuellen Freiheit im Sinne dieser Ausgangsvermutung auszulegen sind; sinngleich *Pernthaler*, Grundrechte 461 ff; in die gleiche Richtung *Berka*, Grundprinzip 22 ff; *Korinek/Gutknecht*, Werte 82 ff; *Weiß*, Privatisierung 56, 97 ff.

[724] Speziell im Zusammenhang mit der Sicherheitspolizei betont dies *Nowak*, Polizei 89 ff.

[725] Insb die Rechte der Minderheiten; Grundrechtsträger bleibt aber auch hier nach wie vor der einzelne Mensch (der jeweiligen Minderheit wird insofern also keine Grundrechtsfähigkeit verliehen).

[726] Vgl dazu auch die Ausführungen zum deutschen Grundgesetz bei *Weiß*, Privatisierung 102 ff mwN, die in ihrer Rückführung demokratischer und (materiell) rechtsstaatlicher Strukturen auf das einzelne Individuum - insb aufgrund der gemeinsamen rechtsphilosophischen Wurzeln - wohl für jeden modernen demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassungsstaat zutreffen.

Sicherheitspolizei gewonnen werden konnte und daher zu diesem Zweck der grundrechtliche Teil der Verfassung näher zu untersuchen ist.

Betrachtet man den grundrechtlichen Teil der Rechtsordnung aber noch näher, so zeigt sich, dass die durch ihre Dogmatik grundgelegt Individualbezogenheit aber nicht bloß ein „nüchternes juristisches Faktum" darstellt. In der konkreten Ausgestaltung der Grundrechtsordnung, soll heißen: in den einzelnen grundrechtlichen Verbürgungen, spiegeln sich die dogmatisch fassbaren Werthaltungen des Verfassungsgesetzgebers in Bezug auf das Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern wider.[727] Gerade für die österreichische Bundesverfassung ist dieser Umstand von besonderer Bedeutung, da diese nach den Absichten des historischen Verfassungsgebers in ihrer Ausgestaltung als Spielregelordnung ja betont wertneutral sein sollte.[728] Wenn es also nun um die Beantwortung organisationsrechtlicher Fragen geht, bei denen mangels spezifisch-konkreter verfassungsrechtlicher Aussagen die jeweiligen Bewertungen des Verfassungsgesetzgebers durch den an Rechtserkenntnis interessierten Interpreten nachgezeichnet werden sollen, so kommt man im Endeffekt um zwei Feststellungen nicht herum: erstens, dass der Blick auf das traditionelle verfassungsrechtliche Organisationsrecht zur Erlangung „der Weisheit letzten Schlusses" nicht genügt,[729] und zweitens, dass aufgrund der - durch die verfassungsgesetzlich gewährleisteten (Grund-) Rechte konstituierten und insoweit der neuzeitlichen Philosophie entsprechenden - Individualbezogenheit der Rechtsordnung der Sinn jeglicher normativer Regeln letztlich immer vom einzelnen menschlichen Individuum her zu verstehen ist.[730]

[727] Vgl zB *Adamovich*, Grundrechte 11; *Korinek/Gutknecht*, Grundrechte 314 ff, *Pöschl*, Gleichheit 186 ff; *Schambeck*, Grundwerte 331 f.
[728] Siehe dazu Punkt 1.3.
[729] Siehe schon VfSlg 2966/1956; *Winkler*, Eigenarten 33, 36 f; vgl auch zB *Korinek*, VVDStRL 39, 41 ff, der neben der formellen auch die materielle Bindung des einfachen Gesetzgebers durch die Verfassung hervorhebt.
[730] Siehe dazu schon die eher bloß beiläufig anmutende Bemerkung bei *Schäffer*, Erfüllung 61, nämlich dass „das Phänomen der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private immer primär als Problem des Verwaltungsorganisationsrechts und nicht aus der Rechtssphäre des einzelnen gesehen wurde"; mE trifft diese Aussage genau den Kern der Problematik; sie wird aber selbst von *Schäffer* nicht weiter verfolgt und blieb auch bis heute - soweit ich sehe - für die verfassungsrechtliche Situation in Österreich weitgehend unbeachtet.

Dass der einzelne Mensch durch die Grundrechte in relativ[731] umfassender Weise geschützt wird, ersieht man schon daraus, dass nicht nur individuelle Interessen im Sinne konkreter „materieller" Rechtsgüter wie Leben, Freiheit, Eigentum oder Privatsphäre geschützt werden, sondern dass auch die verfahrensrechtliche Ausgestaltung zur Durchsetzung rechtlich anerkannter Interessen in ihren Grundzügen grundrechtlich vorbestimmt wird. In welchem Zusammenhang nun dieser relativ umfassende grundrechtliche Schutz des Einzelnen mit der allgemeinen Sicherheitspolizei steht, wird nun in den folgenden Punkten zu erörtern sein.

7.4.2 Die besondere Eingriffsnähe der allgemeinen Sicherheitspolizei

7.4.2.1 Dominanz des grundrechtlichen Abwehrcharakters

Die Bedeutung der allgemeinen Sicherheitspolizei als (entweder nicht durch spezielle Verwaltungsmaterien erfasste[732] oder zwar doch speziell geregelte, aber von den zuständigen Verwaltungsbehörden [noch] nicht ausgeübte[733]) befehls- und/oder zwangsbewehrte Gefahrenabwehr liegt unter grundrechtlichen Gesichtspunkte einerseits einmal in der Verpflichtung zum Schutz der fundamentalen Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit oder Eigentum.[734] Diese grundrechtliche Schutzpflichtendimension, die jeweils aus den einzelnen Grundrechten zu begründen ist,[735] wird heute trotz zum Teil erheblicher Unsicherheiten grundsätzlich sowohl von der Judikatur als auch von der Lehre anerkannt. Sie verpflichtet nicht nur die Gesetzgebung, die entsprechende rechtliche Grundlagen für die Vollziehung zu erlassen hat, sondern auch die hier interessierende Verwaltung (und damit insb auch die

[731] Ein vollständiger, vor allem aber nachhaltiger grundrechtlicher Schutz in dem Sinne, dass alle erdenklichen Interessen entsprechend abgesichert sind, wird es aufgrund der unvermeidlichen Zeit- und Gesellschaftsabhängigkeit grundrechtlicher Fragen wohl nie geben.
[732] Vgl zB VfSlg 3650/1959.
[733] Siehe § 19 Abs 1 SPG.
[734] *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 210 f; *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 142, der allerdings bei der Ableitung konkreter staatlicher Schutzpflichten zur Vorsicht mahnt.
[735] Am deutlichsten wird dies in Art 2 Abs 1 Satz 1 EMRK („Das Recht jedes Menschen auf das Leben wird gesetzlich geschützt").

Sicherheitsbehörden), die ihrerseits zur Erfüllung der Schutzpflichten in grundrechtskonformer Interpretation der einfachen Gesetze aktiv tätig zu werden hat. Bis heute ist allerdings die Frage strittig, wie weit genau solche grundrechtlichen Schutzpflichten subjektiv-rechtliche Ansprüche verleihen können.[736] Wie bereits angesprochen ist man sich weitgehend für jene Fälle einig, in denen entsprechende einfachgesetzliche Grundlagen bestehen, die dann grundrechtskonform zu interpretieren sind und insofern zu aktivem Tun verpflichten. Was aber, wenn es solche entsprechend interpretierbaren einfachgesetzlichen Grundlagen nicht gibt? Ist dann die Verwaltung schon aufgrund der in der Verfassung verankerten Grundrechte handlungsbefugt bzw handlungsverpflichtet? Diese Fragen sind vor allem auch aus der Sicht der österreichischen Rechtsordnung besonders brisant, da gemäß Art 18 Abs 1 B-VG die gesamte staatliche Verwaltung nur aufgrund entsprechend determinierter gesetzlicher Befugnisse handeln darf. Ob man aber die unmittelbar aus den Grundrechten abgeleiteten Schutzpflichten in diesem Sinn als ausreichend determiniert ansehen kann, ist mE zu Recht umstritten und wird wohl zu verneinen sein (jedenfalls dann, wenn sie ihrerseits wieder Eingriffe in grundrechtlich geschützte Positionen anderer erforderlich machen).[737] Gegen das völlige Fehlen entsprechend interpretierbarer gesetzlicher Grundlagen bleibt dem einzelnen Rechtsunterworfenen dann nur der mittelbare Weg über die zivilrechtliche Amtshaftung, die als bloßer Schadenersatzanspruch allerdings - nebst anderen Voraussetzungen - zuallererst einmal einen bereits entstandenen Schaden verlangt. Einen direkt gegen den Gesetzgeber durchsetzbaren Anspruch auf Erlassung entsprechender Gesetze gibt es aber in der österreichischen Rechtsordnung bekanntlich nicht.

Alles in allem genommen ist also die grundrechtsdogmatische Stellung der von grundrechtlichen Schutzpflichten Begünstigen ist bis heute vergleichsweise schwach ausgebildet. Dieser relativ schwach abgesicherten Stellung der Begünstigten und den nach wie vor bestehenden dogmatischen Unsicherheiten über das Bestehen bzw die Reichweite subjektiv-rechtlicher Ansprüche entsprechend kann auch der Beitrag, den grundrechtliche Schutzpflichten zur Interpretation organisatorischer Bestimmungen der

[736] Vgl zB kritisch *Hauer*, Ruhe 8 f und FN 29; sehr weitgehend dagegen zB *Weiß*, Privatisierung 149 ff.
[737] Siehe auch zB *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 142; *Kneihs*, Befehl 86 f.

Verfassung zu leisten im Stande sind, nur - wenn überhaupt - von beiläufiger Bedeutung sein.[738]

Ein gänzlich anderes Bild zeigt sich aber dann, wenn man den Blick weg von den grundrechtlichen Schutzpflichten hin zum Abwehrcharakter der Grund- und Freiheitsrechte richtet. Auch und insb im Verhältnis der allgemeinen Sicherheitspolizei zu den Grundrechten steht im Vergleich zum oben behandelten Schutzpflichtencharakter vielmehr jene Tatsache im Vordergrund des Interesses, dass staatliches Handeln im Sinne der Ausübung sicherheitspolizeilicher Befugnisse zur Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben in einem steten Spannungsverhältnis zu den von dieser Befugnisausübung betroffenen grundrechtlichen Verbürgungen der Adressaten solcherart gesetzten Handelns steht. In der Funktion der Grundrechte als subjektiv-rechtlicher Anspruch gegen die Setzung hoheitlicher Akte verwirklicht sich (neben der oben angeführten Schutzpflichtendimension) schließlich auch ihr ursprünglicher und auch heute noch im Vordergrund stehender Abwehrcharakter[739] als staatliche Pflicht zur Unterlassung entsprechender grundrechtseingreifender Verhaltensweisen. Die von der Befugnisausübung unmittelbar Betroffenen (also die direkten Adressaten des staatlichen Handelns) können die jeweils tangierten und allenfalls auch verletzten Grundrechte als subjektive verfassungsrechtliche Ansprüche direkt beim VfGH geltend machen (und daher nicht bloß mittelbar über den Weg der Amtshaftung, wobei natürlich auch dieser zur Erlangung von Schadenersatz nach wie vor offen steht). Auf diese unmittelbar Betroffenen des staatlichen Handelns ist das gesamte Grundrechtssystem zugeschnitten, und zwar sowohl was die konkret positivierten grundrechtlichen Verbürgungen betrifft[740], als auch hinsichtlich des bestehenden (nationalen sowie internationalen) grundrechtlichen Rechtsschutzessystems. Aus dieser - in einer Gesamtbetrachtung unübersehbar hervorgehobenen - Stellung der unmittelbar von staatlichem Handeln Betroffenen folgt dann auch die grundlegende Feststellung, dass gerade sie es sind, von deren Warte aus

[738] AA wohl *Weiß*, Privatisierung 149 ff, dessen Ausführungen sich allerdings auf die - der österreichischen zwar ähnlichen, aber eben doch nicht gleichen - Situation in Deutschland beziehen.
[739] AA ausdrücklich *Weiß*, Privatisierung 149 ff, aber wiederum in Bezug auf das deutsche Grundgesetz.
[740] Dies gilt in ganz besonderem Maß für die sogenannten „Grundrechte der ersten Generation", also die Freiheitsrechte.

die Rechtsordnung zu interpretieren und damit schließlich auch organisatorische Bestimmungen der Verfassung zu verstehen sind.

7.4.2.2 Besondere Merkmale der allgemeinen Sicherheitspolizei

Genau im Sinne dieses ebengenannten Abwehrcharakters der Grundrechte ist schließlich auch die Feststellung zu verstehen, dass die allgemeine Sicherheitspolizei eine besonders eingriffsnahe Verwaltungsmaterie darstellt.[741] Aber worin genau liegt nun diese besondere Eingriffsnähe begründet?

Ein ganz wesentlicher - wenn nicht überhaupt der wesentlichste - Gesichtspunkt liegt hier einmal darin, dass die allgemeine Sicherheitspolizei iSd „Aufrechterhaltung der öffentlicher Ruhe, Ordnung und Sicherheit, ausgenommen der örtlichen Sicherheitspolizei“ iSd SPG quasi schon „wesensmäßig“ mit dem Kriminalstrafrecht in Verbindung steht.[742] Um ein wirksames sicherheitspolizeiliches Einschreiten zu ermöglichen, sieht der Gesetzgeber in den §§ 32 ff SPG eine Reihe von Befugnissen vor, deren Ausübung regelmäßig Grundrechtseingriffe darstellen.[743] Darüber hinaus können diese Befugnisse nach § 50 SPG nicht nur mit Befehls-, sondern in letzter Konsequenz auch durch die Ausübung von Zwangsgewalt durchgesetzt werden, sofern dies nicht ausnahmsweise ausgeschlossen ist.[744] Wenn man dann weiters noch bedenkt, dass gerade vom Kriminalstrafrecht die gefährlichsten bzw sozial schädlichsten Verhaltensweisen erfasst werden und dazu korrespondierend die kriminalstrafrechtliche Sanktion die schärfste aller möglichen staatlichen Antworten auf menschliches

---

[741] Siehe nur *Weber/Schlag*, Sicherheitspolizei 81ff, insb 92 ff; *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 131, insb 141; vgl dazu auch die Bemerkungen bei *Müller*, Menschenwürde 312.

[742] Rechtsdogmatisch drückt sich dies durch die technischen Begriffe der „allgemeinen Gefahr“ und des „gefährlichen Angriffs“ gemäß § 16 Abs 1 bis 3 SPG aus, die ihrerseits an gerichtlich strafbare Handlungen anknüpfen. Im Übrigen ist hier anzumerken, dass auf die „Erste allgemeine Hilfeleistungspflicht“ nach § 19 SPG nicht vergessen wurde. Allerdings möchte ich mich hier zur Darstellung der sicherheitspolizeilichen Eingriffsnähe vorerst einmal auf den kriminalstrafrechtlichen Konnex konzentrieren. Dass auch die Erfüllung der EAH durchaus eingriffsnah sein kann, wird unter Punkt 10.2 gezeigt.

[743] Wie zB Identitätsfeststellungen nach § 35 SPG, Durchsuchungen von Personen, Gebäuden, Räumen oder Fahrzeugen nach §§ 39, 40 SPG, Eingriffe in die persönliche Freiheit nach §§ 45 f SPG etc.

[744] So zB die Befugnis nach § 34 SPG über das Auskunftsverlangen; auch ein verhängtes Betretungsverbot nach § 38a Abs 2 SPG kann nicht mit Zwangsgewalt durchgesetzt werden; die Missachtung eines Betretungsverbots stellt aber nach § 84 Abs 1 Z 2 SPG eine Verwaltungsübertretung dar und kann bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 35 VStG zur Festnahme führen, die ihrerseits wieder mittels Zwang durchsetzbar ist.

Verhalten darstellt,[745] dann wird auch verständlich, dass gerade zur Erfüllung der - gewissermaßen im Vorfeld des strafgerichtlichen Verfahrens stehenden - sicherheitspolizeilichen Aufgaben die tatsächliche Ausübung von Zwangsbefugnissen oftmals nicht vermieden werden kann. Dies kann im absoluten Extremfall sogar soweit gehen, dass im Rahmen des sicherheitspolizeilichen Handelns lebensgefährdende bzw ganz gezielt lebensbeendende Maßnahmen gegen einen Menschen, von dem eine entsprechend hohe Gefahr ausgeht, gesetzt werden können bzw in Erfüllung einer verpflichtend wirkenden Aufgabe sogar gesetzt werden müssen.[746] Unter Beachtung dieser Umstände lässt sich dann mE auch behaupten, dass es - vom Krisenfall der militärischen Landesverteidigung einmal abgesehen - eine eingriffsnähere bzw (potentiell) eingriffsintensivere Verwaltungsmaterie als die allgemeine Sicherheitspolizei aktuell nicht gibt und unter Beachtung rechtsstaatlich-demokratischer Grundsätze wohl auch in Hinkunft nicht geben kann.[747]

Wie im letzen Absatz bereits angedeutet wurde, darf hierbei nicht übersehen werden, dass es sich in derartigen Fällen nicht nur um bloße Befugnisnormen handelt, die das staatliche Handeln („bloß“) rechtfertigen, sondern dass es sich in Beachtung der §§ 19 ff SPG um staatliche Verpflichtungen (eben um sicherheitspolizeiliche Staatsaufgaben) handelt.[748] Würde daher in einer derart anspruchsvollen und heiklen Situation das vor Ort anwesende und zu entsprechenden Handlungen ausgebildete Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes[749] bei Vorliegen der Notwendigkeit nicht in der beschriebenen Weise tätig werden, so wäre dieses Unterlassen konsequenter Weise rechtswidrig und würde bei Entstehen eines entsprechenden Schadens - und insb auch dann, wenn dieser Schaden unmittelbar durch einen Strafrechtstäter herbeigeführt wird - die Haftung des

[745] So auch *Nowak*, Strafrechtspflege 1; ihm folgend *Schmid*, Grundrechte 154; *Moos*, Grundlagen 415, 424; vgl weiters *Mayer*, Gerichtsbarkeit 24 ff; siehe auch VfSlg 12.151/1989.
[746] Man denke nur an das plakative Beispiel der Rettung einer Geisel, die nur mehr durch den gezielten Schuss auf den Geiselnehmer aus der unmittelbaren Gefahr des Todes gerettet werden kann; siehe auch *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 309 f.
[747] Damit dürfte dann aber auch im Hinblick auf die Ausführungen bei *Berka*, Eingriff 47 ff, die Eingriffsnähe (verstanden als die Eingriffswahrscheinlichkeit und Eingriffsintensität) der allgemeinen Sicherheitspolizei in angemessener Weise herausgestrichen sein; siehe in diesem Zusammenhang auch *Müller*, Menschenwürde 312; vgl weiters *Mayer*, Sicherheitsexekutive 469 ff.
[748] Siehe dazu wiederum die Ausführungen in Punkt 2.3.3.1.
[749] Vgl § 31 Abs 2 Z 1 SPG iVm § 1 Abs 2 Richtlinien-VO, die das Einschreiten in besonders gefährlichen Situationen (zB Geiselnahme, Bedrohungen mit Sprengstoff) grundsätzlich besonders ausgebildeten Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes vorbehalten ist.

staatlichen Rechtsträgers (in diesem Fall natürlich der Bund, da es sich im Rahmen der allgemeinen Sicherheitspolizei um seine Aufgaben handelt) auslösen.[750] In diesem Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Handlungsverpflichtung liegt im Übrigen auch der Unterschied zu der jedermann zur Verfügung stehenden Befugnis zur Notwehr bzw Nothilfe nach § 3 StGB. Auch diese berechtigt im äußerten Notfall zur Tötung eines Angreifers;[751] allerdings besteht natürlich vorab einmal keinerlei Verpflichtung, von diesem Rechtfertigungsgrund auch tatsächlich Gebrauch zu machen. Aber auch im Fall des professionellen Tätigwerdens privater Sicherheitsdienste nach § 3 StGB aufgrund zivilrechtlicher Vereinbarungen zugunsten ihren Klienten handelt es sich nur um einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund. Das allenfalls bestehende zivilrechtliche Verpflichtungsverhältnis zwischen privatem Auftraggeber und privatem Sicherheitsdienst bzw die dadurch begründete Garantenstellung des Auftragnehmers iSd § 2 StGB[752] kann mE keinesfalls als eine Beteiligung des privaten Sicherheitsdienstes an der Erfüllung sicherheitspolizeilicher (Staats-) Aufgaben iVm der Verpflichtung zur Setzung entsprechend massiver Eingriffe in Rechte von Menschen verstanden werden.[753]

Im Rahmen der Erörterung zur sicherheitspolizeilichen Eingriffsintensität ist schließlich noch zu bedenken, dass - nicht nur, aber vor allem - im Zuge der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben Situationen und Zustände geschaffen werden können, die in ihren tatsächlichen (grundrechtlich relevanten) Auswirkungen im Nachhinein

[750] *Funk*, Sicherheitspolizeirecht 146; *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 211; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 159, 1007; vgl dazu auch *Piskernigg*, Gewaltmonopol 137 ff, der mE mit sehr treffenden Argumenten einen Fall kritisch beleuchtet, in dem Exekutivbedienstete mit dem Einschreiten gegen einen Gewalttäter solange zugewartet haben, bis dieser das Lokal eines Gastronomiebetriebes völlig zerstört hatte. Die Kritik ist allerdings mit *Piskernigg* weniger gegen die konkret untätig gebliebenen Exekutivbediensteten zu richten, als vielmehr gegen die Justiz, die mit ihren einschlägigen Judikaten nicht nur ein derartiges passives sicherheitspolizeiliches Verhalten quasi zur Pflicht macht, sondern damit auch - und dies ist ja das eigentliche Problem - das Vertrauen der Bevölkerung in den Rechtsstaat immer mehr zum Schwinden bringt. Man wird sich nicht wundern dürfen, wenn dies in eine mehr als bedenkliche Tendenz zur Selbstjustiz mündet.

[751] Zur Problematik der Verteidigung von (bloßem) Eigentum durch die Tötung des Angreifers nach § 3 StGB im Lichte des Art 2 EMRK, siehe zB *Kneihs*, Leib und Leben Rz 12 und die Nachweise in FN 24, sowie *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 49 ff, 67 mit zahlreichen wN.

[752] *Wach*, Sicherheitsdienste 51.

[753] Dies zeigt sich ja schon am Umstand, dass den Angehörigen privater Sicherheitsdienste in den Fällen ihrer privaten Heranziehung nicht der besondere Schutz des § 74 Abs 1 Z 4 StGB zukommt; siehe *Wach*, Sicherheitsdienste 51.

nicht mehr rückgängig gemacht werden können.[754] Damit zusammenhängend darf weiters nicht übersehen werden, dass aufgrund der Unmittelbarkeit der hier interessierenden Akte (gerade die Wahrnehmung der allgemeinen Sicherheitspolizei ist ja durch die Setzung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsakte gekennzeichnet) auch die rechtswahrende Funktion eines (Verwaltungs-) Verfahrens im Wesentlichen entfällt.[755] Andererseits ist hier aber auch sogleich festzustellen, dass die „Polizei" bzw die allgemeine Sicherheitspolizei kein neben, über oder gar außerhalb der „übrigen" staatlichen Verwaltung existierendes Aliud darstellt, wie dies die ältere Verwaltungslehre noch vermuten lässt.[756] Vielmehr handelt es sich - von einem rechtstheoretischen Standpunkt aus betrachtet - auch bei der „Polizei" im funktionellen Sinn um ganz „normale" Verwaltung iSd B-VG, die aber wie oben erwähnt vorrangig in der Rechtssatzform des unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls und Zwangs gemäß Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG zu vollziehen ist.[757]

Dennoch lassen es mE bereits diese überblicksartigen Überlegungen von einem rechtspolitischen Standpunkt aus angezeigt erscheinen, die Organisation der „ersteinschreitenden" exekutiven (Hilfs-) Organe so auszugestalten, dass sichergestellt ist, dass sicherheitspolizeiliche Maßnahmen (nur, aber auch schon) in genau jenen Fällen und in genau der Art und Weise gesetzt werden, die das Gesetz dem Rechtsträger Bund erlaubt bzw darüber hinaus - als sicherheitspolizeiliche Staatsaufgaben - gebietet.[758] Ob bzw wie sich diese vorerst nur rechtspolitische Notwendigkeit zur

[754] Womit natürlich in erster Linie das aktive staatliche Handeln gemeint ist; aber auch die Unterlassung des gebotenen staatlichen Handelns kann gerade im Bereich der allgemeinen Sicherheitspolizei irreversible Folgen haben, wenn man nur an die Aufgabenbündel der ersten allgemeinen Hilfeleistungspflicht (§ 19 SPG), der Gefahrenabwehr (§ 21 SPG) sowie den vorbeugenden Schutz von Rechtsgütern (§ 22 SPG) denkt; ebenso *Lachmayer*, Polizeihandeln 420; vgl dazu auch die Überlegungen bei *Wahl*, Prävention 84 ff.

[755] Vgl dazu insb *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 684 ff, insb 686, der als Zweck des Verwaltungsverfahrens „den effektiven Schutz subjektiver Rechte in einem justizähnlichen Verfahren bereits auf der Ebene der Verwaltung" identifiziert; den Schutzzweck des Verfahrensrechts ebenso betonend *Schambeck*, Demokratie 170.

[756] Siehe dazu die Kritik bei *Merkl*, Verwaltungsrecht 241, 247, 265 f, mit entsprechend weiterführenden Hinweisen; *Antoniolli*, Verwaltungsrecht 230, insb 233.

[757] Siehe nur *Funk*, Verwaltungsakt 217 ff, 227 f, der zugleich aber auch auf die - oben gerade für die allgemeine Sicherheitspolizei herausgearbeitete - besondere Grundrechtsnähe des Vollzugs (relativ) verfahrensfreier Akte hinweist.

[758] Vgl auch *Mayer*, Sicherheitsexekutive 469 ff; *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 706; vgl dazu auch *Berka*, RichterInnen 115 ff, der die Grundrechtsverantwortung insb der erstinstanzlichen richterlichen Organe betont, da sie an „vorderster Front" stehen und insofern Maßnahmen setzen, die im weiteren (Rechtsmittel-) Verfahren oft nicht mehr korrigierbar sind; ganz besonders muss dies dann aber mE für

Berücksichtigung grundrechtsrelevanter Auswirkungen in der Ausgestaltung der dem Staat zuzurechnenden Organisationseinheiten auch im positivierten Verfassungsrecht widerspiegelt, soll nun im nächsten Punkt untersucht werden. Neben der Ableitung allgemeiner Erkenntnisse wird dabei sinnvoller Weise auch der Konnex zur untersuchungsleitenden Thematik der allgemeinen Sicherheitspolizei angemessen zu berücksichtigen sein.

7.4.3 Die Relevanz der Grundrechte für das staatliche Organisationsrecht

7.4.3.1 Dogmatische Ansatzpunkte

Ganz allgemein sind mit der am Ende des vorigen Punktes aufgeworfenen Frage schon baugesetzliche Aspekte der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie angesprochen. Alle Akte staatlicher Organe sowie diese Organe selbst müssen demnach im Gesetz und - durch dieses vermittelt - letzten Endes in der Verfassung begründet sein, wobei sich ganz iSd Art 1 B-VG sowohl im einfachen Gesetz als auch in der Verfassung der Volkswille im repräsentativ-demokratischen Sinn verkörpert.[759] Darüber hinaus betont die neuere Judikatur des VfGH speziell im Zusammenhang mit der Rechtstaatlichkeit, dass der einzelne Rechtsunterworfene die Möglichkeit haben müsse, eine Entscheidung rechtsrichtigen Inhalts zu erlangen sowie (in Bezug auf den „faktisch effizienten" Rechtsschutz) deren Umsetzung im Tatsachenbereich zu bewirken.[760] Zur Erreichung dieser Ziele ist neben dem jeweiligen Verfahren nicht zuletzt auch die staatliche Organisation entsprechend rechtlich auszugestalten.[761] In einem materiellen Verständnis des Rechtsstaatsprinzips sei - in engem Zusammenhang mit dem weit verstandenen

---

die mit dem tatsächlichen Lebenssachverhalt am engsten in Kontakt stehenden Exekutivorgane gelten; wohl ebenso *Baumgartner*, Zivildienstverwaltung 88 f und insb FN 86; *Heller*, Kernaufgaben 252 f.

[759] ZB *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 1 Rz 11.001 ff, 14.014; *Baumgartner*, Ausgliederung 83; *Schäffer*, Garantien Rz 8; VfSlg 2455/1952; VfSlg 2929/1955; VfSlg 12.409/1990; VfSlg 13.223/1992.

[760] *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 681 ff; *Holoubek*, Konsequenzen 37 mwN; *Schäffer*, Garantien Rz 9 mit Hinweis auf VfSlg 11.196/1986, VfSlg 16.245/2001.

[761] So vor allem die Judikatur des EMGR; siehe dazu *Grabenwarter*, Art 6 EMRK Rz 44, sowie *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 706, der die Ausgleichsfunktion sowohl des Verwaltungsverfahrens- als auch des (hier aufgrund der relativen Verfahrensfreiheit ganz besonders in den Vordergrund tretenden) Organisationsrechts zur Herstellung eines der EMRK entsprechenden Rechtszustandes betont.

Gleichheitssatz bzw mit dem daraus abgeleiteten Verhältnismäßigkeitsgebot - das Erfordernis möglichster Rechtsrichtigkeit bei (im grundrechtlichen Sinn) eingriffsnahen Gesetzen darüber hinaus aber auch durch ihre besonders eingehende Determinierung zu verwirklichen.[762] Schließlich muss in einem weiten Verständnis des Art 83 Abs 2 B-VG iVm Art 18 Abs 1 B-VG die konkrete Organzuständigkeit schon durch Gesetz festgelegt sein.[763]

Über diese allgemeinen Vorgaben hinaus lassen sich aber auch noch spezifischere dogmatische Anknüpfungspunkte finden, wenn es um etwaige Vorgaben für die organisatorische Ausgestaltung der dem Staat zuzurechnenden Organe geht. In diesem Sinn ist als besondere Ausprägung der schon erwähnten materiellen Rechtsstaatlichkeit mE insb Art 6 Abs 1 EMRK als wohl deutlichster positivrechtlicher Anhaltspunkt zu beachten.[764] Nach diesem Grundrecht hat jedermann Anspruch darauf, dass (neben zivilrechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen) über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklagen[765] ein unabhängiges, unparteiisches, auf gesetzlicher Grundlage beruhendes Gericht[766] entscheidet.
Ob nun eine bestimmte Tatbestand-Rechtsfolgen-Anordnung eine strafrechtliche Anklage iSd Art 6 Abs 1 EMRK darstellt, bestimmt sich in erster Linie einmal danach, ob das jeweilige nationale Recht die betreffende Norm dem gerichtlichen Strafrecht zurechnet. Darüber hinaus[767] können aber auch solche Angelegenheiten strafrechtliche Anklagen gemäß der Konvention darstellen, die aufgrund der Art der pönalisierten

[762] Siehe dazu insb *Berka*, Eingriff 37 ff, insb 42 ff; *Pabel*, Ausgliederung 228 f mwN in FN 62 ff; *Mayer*, Kommentar 139.
[763] *Schäffer*, Garantien Rz 25 mit Hinweis auf VfSlg 6675/1972.
[764] Vgl dazu nur *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 1 Rz 14.015; Art 6 Abs 1 EMRK ist aber auch als deutlicher Ausdruck einer materiellen Gewaltentrennung zwischen Justiz und Verwaltung anzusehen, so zB *Schäffer*, Garantien Rz 34, und *Wieser*, Gewaltentrennung 352; *Mayer*, Gerichtsbarkeit 20, 23 ff, insb 28 ff.
[765] Engl.:"determination of a criminal charge"; franz.:"bien-fondé de toute accusation pénale"; nach *Grabenwarter*, EMRK § 24 FN 71, ist die deutsche Übersetzung mit „strafrechtlicher Anklage" ungenau, da Art 6 EMRK auch solche Verfahren erfasse, in denen keine formelle Anklage erhoben wird.
[766] Ob eine Einrichtung den Voraussetzungen eines Gerichts iSd Art 6 Abs 1 EMRK („Tribunal") entspricht, wird vom EGMR autonom beurteilt. Es kommt daher weder auf die Bezeichnung noch auf die rechtliche Einordnung im jeweiligen nationalen Recht an; vgl dazu näher *Grabenwarter*, EMRK § 24 Rz 27 ff; *Matscher*, Gerichtsbegriff 363 ff.
[767] Um zu verhindern, dass die nationalen Gesetzgeber die Reichweite der Garantie insb durch Entkriminalisierungen willkürlich einengen können, legt der EGMR seiner Judikatur eine von den nationalen Rechtsordnungen autonome Begriffsbildung zugrunde, in die insb auch rechtsvergleichende Aspekte mit einfließen; vgl nur *Grabenwarter*, EMRK § 24 Rz 16 mit zahlreichen Hinweisen zur Judikatur des EGMR.

Zuwiderhandlung sowie - und dies ist im gegebenen Zusammenhang besonderes zu beachten - aufgrund der Art und Schwere der angedrohten[768] (repressiv und präventiv wirkenden) Sanktion und dem dadurch verursachten Nachteil beim Bestraften im Ergebnis kriminalstrafrechtlichen Delikten gleichwertig sind.[769] Bei der Bestimmung, ob eine strafrechtliche Anklage iSd Art 6 Abs 1 EMRK vorliegt, kommt es also im Besonderen auch darauf an, welche grund- und freiheitsrechtlichen Konsequenzen die jeweils zu verhängenden Rechtsfolgen beim Betroffenen nach sich ziehen.[770] Von diesen zu gewärtigenden Konsequenzen hängt es dann aber auch ab, ob die besondere, in Art 6 Abs 1 EMRK angesprochene Organisationsform (also ein unabhängiges, unparteiisches sowie auf gesetzlicher Grundlage beruhendes Gericht iSd der EMRK) zur Vollziehung der betreffenden Normen vorzuliegen hat. Der Sinn, dass dann, wenn es um grundrechtlich besonders heikle Fälle wie insb strafrechtliche Sanktionen geht, eben eine in besonderer Weise ausgestaltete staatliche Einrichtung zu entscheiden hat, kann aber nur darin zu sehen sein, dass hier ganz im Sinne der materiellen Rechtsstaatlichkeit besonders auf die Gewährleistung eines fairen Verfahrens und damit letztlich auf die rechtliche Richtigkeit der Entscheidung zu achten ist.[771]

Natürlich darf man im Rahmen dieser Überlegungen nicht verkennen, dass es im unmittelbaren Zusammenhang mit Art 6 EMRK (abgesehen von der Entscheidung über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen) um die Verhängung von präventiv und

---

[768] Es kommt nach der Judikatur des EGMR grundsätzlich eben nur auf die nach den anzuwendenden Bestimmungen angedrohte, nicht aber auf die tatsächlich verhängte Sanktion an; siehe nur *Grabenwarter*, EMRK § 24 Rz 20 mit Hinweisen zur Judikatur des EGMR; zu Ausnahmen von diesem Grundsatz siehe *Grabenwarter*, Art 6 EMRK FN 122.

[769] Siehe zu alldem ausführlich *Grabenwarter*, EMRK § 24 Rz 17 ff; *Grabenwarter*, Art 6 EMRK Rz 25 ff; *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 90 ff, insb 94 ff; siehe weiters zB *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 3 Rz 42.119; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 1529.

[770] So ausdrücklich auch *Grabenwarter*, Art 6 EMRK Rz 41; im Besonderen zur Judikatur des VfGH *Grabenwarter*, Art 6 EMRK Rz 35.

[771] So auch *Schäffer*, Garantien Rz 8 f. Als Konkretisierung des abstrakten verfassungsrechtlichen Baugesetzes der Rechtsstaatlichkeit findet dieses Streben nach möglichster rechtlicher Richtigkeit der Entscheidungen vor allem auch durch Gewährleistung eines fairen Verfahrens durch die insb in Art 6 Abs 1 EMRK geforderten Attribute der Unabhängigkeit (insb Weisungsfreiheit) und Unparteilichkeit des Entscheidungsorgans ihren Ausdruck. So soll sichergestellt werden, dass der Richter seine Entscheidung nur nach Maßgabe des Rechts und seines Gewissens treffen kann sowie, dass der Betroffene auf die Unbefangenheit desjenigen vertrauen kann, der über Recht und Unrecht zu befinden hat. Zwischen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit besteht im Übrigen ein funktionaler Zusammenhang, da erste Voraussetzung für letztere ist und letztere das eigentliche Kernstück der Garantie des konventionsgemäßen Richters darstellt. Eine saubere Trennung dieser beiden Eigenschaften stößt daher in der Praxis oft auf Schwierigkeiten; vgl dazu *Grabenwarter*, EMRK § 24 Rz 35, 39 ff; siehe im Übrigen auch *Barfuß*, Verwaltungsstrafverfahren 218, der den von Verwaltungsbehörden verhängten Strafen ein gehöriges Misstrauen ausspricht.

repressiv wirkenden Strafen geht, wogegen die allgemeine Sicherheitspolizei gerade nicht sanktionieren, sondern aktuellen Gefahren vorbeugen bzw diese abwehren will.[772] Die Sicherheitspolizei bewegt sich damit - vermittelt durch die Begriffe der „allgemeinen Gefahr“ und des „gefährlichen Angriffs“ iSd § 16 Abs 1 bis 3 SPG - quasi noch im Vorfeld der in Art 6 EMRK angesprochenen gerichtlich durchzuführenden Strafverfahren. Was aber gerichtlich zu verhängende Sanktionen und die verwaltungsrechtlich zu erfüllende allgemeine Sicherheitspolizei (genauer: die zur Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben unter Anwendung von Befehls- bzw Zwangsgewalt ausgeübten sicherheitspolizeilichen Befugnisse) augenscheinlich gemeinsam haben, ist ihr potentiell massiver Eingriff in grund- und freiheitsrechtlich geschützte Positionen,[773] dessen konkrete Schwere sich immer (auch und vor allem) am Verhalten des jeweils unmittelbar Betroffenen im konkreten Einzelfall zu orientieren hat. Die Einsicht in diesen „strafgerichtlich-sicherheitspolizeilichen Zusammenhang“ gewinnt noch weiter an Bedeutung, wenn man bedenkt, dass die mit der Ausübung sicherheitspolizeilicher Befugnisse einhergehenden und je nach Einzelfall rechtlich zulässigen Folgen im Vergleich zu den mit strafgerichtlichen Sanktionen verbundenen Konsequenzen im Extremfall sogar noch deutlich über diese hinaus gehen können.[774] Dies wird daher - unter Wahrung der soeben herausgestellten ratio des Art 6 Abs 1 EMRK - auch in der Organisation der mit der Wahrnehmung der allgemeinen Sicherheitspolizei betrauten Einheiten zu beachten sein.

Ein weiteres, mit Art 6 Abs 1 EMRK eng zusammenhängendes dogmatisches Argument für die Beachtlichkeit grundrechtlicher Auswirkungen in der Organisation staatlicher

---

[772] Siehe nur *Funk*, Sicherheitspolizeirecht 142 f.

[773] Für den Bereich des Strafrechts betont dies auch *Schmid*, Grundrechte 154.

[774] Man denke wiederum nur plakativ an den sicherheitspolizeilichen Extremfall der gezielten Tötung eines Geiselnehmers zur Rettung der Geisel einerseits sowie an das absolute strafprozessuale Verbot der Todesstrafe andererseits; vgl dazu auch schon *Merkl*, Verwaltungsrecht 288. Schon wesentlich öfter als der eben genannte Extremfall der gezielten Tötung eines Geiselnehmers kommen dagegen mehr oder weniger schwere körperliche Beeinträchtigungen an aktuell gegen das Strafrecht verstoßende Täter vor, gegen die aufgrund ihrer Gefährlichkeit mit physischen Zwangsmitteln vorgegangen werden muss. Solche Maßnahmen können (natürlich immer unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit) im Sicherheitspolizeirecht durchaus zulässig sein; als Strafen wären sie dagegen in unserer westlich-zivilisierten Gesellschaft heutzutage aber sowohl politisch als auch rechtlich undenkbar. Damit ist dann aber auch die Ansicht von *Weichselbaum*, Berufsbeamtentum 182, schlicht unzutreffend, wenn sie meint, dass im Bereich der Hoheitsverwaltung keine derart gravierenden Eingriffe möglich sind wie in der Gerichtsbarkeit.

Einheiten lässt sich aber auch in der Garantie des Art 5 Abs 4 EMRK erblicken.[775] Danach hat jedermann, dessen Freiheit durch Festnahme oder Haft entzogen wird, Anspruch darauf, ein Verfahren zu beantragen, in dem von einem Gericht[776] ehetunlich über die Rechtmäßigkeit der Haft entschieden wird.[777] Auf der gleichen Linie liegt auch Art 3 PersFrG, nach dessen Abs 1 grundsätzlich nur ein Gericht[778] aufgrund einer mit Strafe bedrohten Handlung auf Freiheitsentzug erkennen darf. Demgegenüber werden die Zulässigkeit der Verhängung von Freiheitsstrafen und die Festsetzung von Ersatzfreiheitsstrafen durch weisungsgebundene Verwaltungsbehörden auf sechs Wochen beschränkt, wobei aber auch in diesen Fällen nach Abs 3 leg cit eine nachprüfende Kontrolle einer unabhängigen Behörde[779] mit aufschiebender Wirkung gewährleistet sein muss.[780] Insgesamt ist also in der grundrechtlich besonders heiklen Situation des Freiheitsentzuges zumindest nachprüfend die Zuständigkeit einer als Gericht bzw als unabhängige Behörde ausgestalteten Organisation im ordentlichen Rechtsweg positivrechtlich festgeschrieben. Der Sinn der angesprochenen Regelungen kann auch hier wieder nur in der Absicht zu sehen sein, möglichst rechtsrichtige Entscheidungen in jedem einzelnen Fall zu erzielen.

Schließlich sei im gegebenen Zusammenhang auch die Bestimmung des Art 2 Abs 2 EMRK erwähnt.[781] Nach dessen Einleitungssatz kann eine (sowohl absichtliche als auch unabsichtliche) Tötung nur dann gerechtfertigt sein, wenn diese *unbedingt erforderlich* ist, um eines der in Art 2 Abs 2 lit a bis c EMRK genannten Ziele zu erreichen. Aus diesem besonders streng formulierten Verhältnismäßigkeitsgebot folgt iVm der staatlichen Schutzpflicht des Abs 1 Satz 1 EMRK unter anderem auch die staatliche Verpflichtung, sowohl die Organisation der zuständigen staatlichen Vollzugseinheiten

[775] Vgl auch den im Wesentlichen gleichen Wortlaut des Art 6 Abs 1 PersFrG.
[776] Dieser Gerichtsbegriff wird mit dem in Art 6 Abs 1 EMRK gleichzusetzen sein, so *Grabenwarter*, EMRK § 21 Rz 35.
[777] Nach *Grabenwarter*, EMRK § 21 Rz 33, entsteht dieser Anspruch insb dann, wenn eine Verwaltungsbehörde die Inhaftnahme angeordnet hat.
[778] Im Gegensatz zur EMRK ist dieser Gerichtsbegriff im spezifisch österreichischem Sinn der Art 83 ff B-VG zu verstehen; siehe *Kopetzki*, Art 3 PersFrG Rz 8.
[779] „Unabhängige Behörden" iSd Art 3 Abs 2 und 3 PersFrG sind mit dem Tribunalsbegriff des Art 6 Abs 1 EMRK gleichzusetzen, so *Kopetzki*, Art 3 PersFrG Rz 18 mit Verweis auf die RV 134 BlgNR 17. GP, 6; als solche sind insb die unabhängigen Verwaltungs- bzw Finanzsenate zu verstehen.
[780] Bei der Verhängung freiheitsentziehender Maßnahmen durch unabhängige Verwaltungsbehörden erhöht sich die zulässige Maximaldauer auf drei Monate.
[781] Siehe dazu noch einmal unten in Punkt 9.4.2.

als auch die tatsächliche Durchführung an sich zulässiger Maßnahmen so zu gestalten, dass Lebensbedrohungen tunlichst vermieden werden.[782] Neben der besonderen rechtsdogmatischen Unterstreichung der Bedeutung des menschlichen Lebens offenbart sich auch hier wieder die Absicht, ganz offensichtlich vor dem Hintergrund der Unmöglichkeit der Rückgängigmachung falscher Entscheidungen möglichste Rechtsrichtigkeit in jedem Einzelfall zu erzielen.

Die soeben vorgebrachten Beispiele mögen hier einmal genügen, um das hier Gemeinte zum Ausdruck zu bringen. Auch wenn daher nicht alle mit dem Thema der „materiellen Gewaltenteilung" zwischen Justiz und Verwaltung im Zusammenhang stehenden positivrechtlichen Anhaltspunkt[783] oder andere, auf die organisatorische Ausgestaltung staatlicher Organe unmittelbar oder bloß mittelbar Bezug nehmenden Bestimmungen im Detail erörtert wurden, so wird man mE schon nach den bisherigen Überlegungen zumindest eines festhalten können: nämlich dass - wie insb in den genannten Beispielen der strafrechtlichen Anklagen iSd Art 6 Abs 1 EMRK, der Freiheitsentziehungen iSd Art 5 EMRK bzw des PersFrG sowie der Maßnahmen iSd Art 2 EMRK - unter Berücksichtigung der sich darin offenbarenden materiell-rechtsstaatlichen Vorgaben[784] für die denkbar eingriffsintensivsten Formen der Ausübung verwaltungspolizeilicher

[782] VfSlg 15.046/1997; *Kneihs*, Leib und Leben Rz 15; *Eberhard*, Leben Rz 4/18, 4/23 f mwN; *Grabenwarter*, EMRK § 20 Rz 17 mwN; ausführlich *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 43 ff mit Nachweisen zur Judikatur des EGMR, insb Fall McCann, Serie A Nr 324 = ÖJZ 1996, 233; Fall Andronicou und Constantinou, RJD 1997-VI, 2059 = ÖJZ 1998, 674.

[783] Nach Ansicht des VfGH ist (auch) Art 91 B-VG iVm mit Art 7 Abs 1 B-VG insofern materiell zu verstehen, als diese Bestimmungen den einfachen Gesetzgeber zur Begründung einer strafgerichtlichen Zuständigkeit hinsichtlich der Verhängung entsprechend schwerer Strafen verpflichten; im Ergebnis wären daher auch aus der institutionellen Garantie der Strafgerichtsbarkeit iVm dem allgemeinen Gleichheitssatz organisatorische Vorgaben für die zur Entscheidung zuständigen Organe zu gewinnen, so insb VfSlg 12.151/1989 als Ausgangspunkt der diesbezüglichen ständigen Judikatur; siehe dazu aus der Literatur etwa *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht 94, *Wieser*, Gewaltentrennung 354 ff; *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 2 Rz 26.025, reflektieren im Übrigen auch auf Art 92 Abs 1 B-VG iVm Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG, wonach der Kernbereich der Zivil- und Strafrechtspflege der ordentlichen Gerichtsbarkeit vorbehalten sei; zur Ableitung der materiellen Gewaltentrennung aus den Art 82 ff B-VG insgesamt kritisch aber zB *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 759 mwH; auf weitere, insb in grundrechtlichen Bestimmungen enthaltene Ansatzpunkte macht *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 579 aufmerksam. Da eine nähere Erörterung all dieser genannten Ansichten gegenüber den spezifischen Überlegungen zu Art 6 EMRK keinen zusätzlichen Gewinn erwarten lässt, wird hier darauf verzichtet.

[784] Neben Abs 1 des Art 6 EMRK siehe dazu auch die weiteren Absätzen dieses Artikels (Unschuldsvermutung, bestimmte Mindestrechte des Beschuldigten) sowie auch Art 7 EMRK (keine Strafe ohne Gesetz).

Befehls- und Zwangsbefugnisse die höchst mögliche rechtliche Richtigkeit der konkret gesetzten Maßnahmen zu fordern ist.[785]

Dass diese Idee im Grunde gar nichts Neues bringt, beweisen ja schon jene Judikate des VfGH, die in Bezug auf die materielle Seite des Rechtsstaatsprinzips für besonders eingriffsnahe Gesetze ihre besonders eingehende Determinierung fordern und damit ganz offensichtlich den „missbrauchsanfälligen" Handlungsspielraum der zuständigen Organe auf ein Minimum reduzieren sollen. Die Erfüllung des verfassungsrechtlichen Erfordernisses höchstmöglicher rechtlicher Richtigkeit grundrechtlich höchst sensibler Entscheidungen wird neben der entsprechenden gesetzlichen Determinierung des staatlichen Vorgehens aber eben auch durch eine entsprechende organisatorische Ausgestaltung der mit der Wahrnehmung sicherheitspolizeilicher Aufgaben und Befugnisse betrauten exekutiven Hilfsorgane[786] sicherzustellen sein.[787]

7.4.3.2 Ergebnis für das staatliche Organisationsrecht

Allein nach den obigen Bemerkungen zur Relevanz grundrechtlicher Auswirkungen in der organisatorischen Ausgestaltung der dem Staat zuzurechnenden Erfüllungseinheiten sowie den Überlegungen zum „strafrechtlich-sicherheitspolizeilichen Zusammenhang" müsste man eigentlich zum Ergebnis kommen, dass auch die Materie der allgemeinen Sicherheitspolizei aufgrund ihrer potentiellen Eingriffsintensität durch Gerichte bzw unabhängige Behörden wahrgenommen werden müsste. Hierzu ist aber sogleich festzustellen, dass nach der österreichischen Verfassungsrechtslage die allgemeine Sicherheitspolizei (Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG) schon durch die Bestimmungen der Art 78a ff B-VG (insb aber Art 78a Abs 2 SPG) der Staatsfunktion Verwaltung und darüber hinaus sogar schon besonderen Verwaltungsorganen (den so bezeichneten

[785] Zur näheren Auseinandersetzung mit den sicherheitspolizeilichen Aufgaben der § 19 ff SPG und der Befugnisse der §§ 32 ff SPG, siehe unten Punkt 10.
[786] Siehe dazu oben Punkt 2.4.2.
[787] In diesem Sinn auch *Baumgartner*, Ausgliederung 83; *Kneihs*, Sterbehilfe 124; *Pabel*, Ausgliederung 229; *Grabenwarter/Holoubek*, Kollegialbehörden 202 ff; von der Idee her ebenso *Grabenwarter*, EMRK § 24 Rz 59, wenn er unter Berufung auf die Judikatur des EGMR betont, dass Art 6 Abs 1 EMRK die Mitgliedstaaten unter anderem zu einer solchen Organisation ihrer Verwaltungs- und Gerichtssysteme verpflichtet, die die tatsächliche Vollstreckung bindender Gerichtsentscheidungen sicherstellt.

Sicherheitsbehörden) zugewiesen ist.[788] In Österreich stellt sich daher schon von vornherein nicht die Frage, welcher Staatsfunktion der einfache Gesetzgeber die Materie allgemeine Sicherheitspolizei „richtiger Weise" zuzuteilen hat (wiewohl natürlich festzuhalten ist, dass auch ohne diese spezielle Verfassungssituation die Zulässigkeit der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben durch die weisungsgebundene Verwaltung außer Frage stehen dürfte[789]).

Um nun das Ergebnis des vorigen Punktes, wonach bei besonders eingriffsintensivem staatlichen Verhalten besonders auf die rechtliche Richtigkeit der gesetzten Maßnahmen zu achten ist, im Bereich der Staatsfunktion Verwaltung durch organisationsrechtliche Maßnahmen entsprechend umsetzen zu können, muss man sich nochmals das in Punkt 6.2 zum verfassungsrechtlichen Organisationskonzept der staatlichen Verwaltung Ausgeführte kurz in Erinnerung rufen. Dort wurde im Wesentlichen gesagt, dass über das Instrument der umfassenden Leitungsbefugnis iSd Art 20 Abs 1 B-VG sowie der rechtlichen und politischen Verantwortlichkeit der obersten Organe gegenüber dem Parlament die Rechtsrichtigkeit im Rahmen der Vollziehung gesetzlicher Bestimmungen im Bereich der Verwaltung erreicht werden soll. Ganz allgemein lässt sich damit als Ergebnis formulieren: *je eingriffsnäher bzw (potentiell) eingriffsintensiver die in Rede stehenden Verwaltungsaufgaben bzw die zu ihrer Erfüllung eingeräumten Befugnisse sind, desto intensiver hat die Leitungsbefugnis des zuständigen obersten Organs gegenüber den zur Erfüllung eingesetzten Organen und damit die Verantwortlichkeit des obersten Organs gegenüber dem Parlament zu sein;*

[788] Siehe dazu oben Punkt 7.3.1.2, wonach mit der Zuweisung der Aufgabe der ersten allgemeinen Hilfeleistungspflicht in Art 78a Abs 2 B-VG gleichsam auch die allgemeine Sicherheitspolizei mitgeregelt wird.

[789] Schon in einer historischen Betrachtung wurde gerade das, was man gemeinhin mit dem Begriff „Polizei" bzw der Sicherheitspolizei verbindet, schon immer von der Verwaltung wahrgenommen; vgl dazu die Darstellung bei *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 1 ff. Aber auch im internationalen Vergleich wird jener Aufgabenbereich, der in Österreich zur allgemeinen Sicherheitspolizei gehört, von Verwaltungsbehörden erfüllt. Eine andere Art der Aufgabenerfüllung, insb durch Gericht oder unabhängige Behörden, wäre schon aufgrund der damit verbunden Kosten sowie der mit solchen Aufgaben gewöhnlich verbundenen Eile ihrer Erfüllung völlig unrealistisch, in diese Richtung aber dennoch offenbar *Klecatsky*, Bundesverfassungsrecht 89 f; siehe im Übrigen zur Sinnhaftigkeit der grundsätzlichen organisatorischen Unterscheidung zwischen den Staatsfunktionen Gerichtsbarkeit und Verwaltung mit guten Argumenten *Barfuß*, Weisung 1 ff; zur begrenzten Leistungsfähigkeit der Justiz ebenso *Mayer*, Gerichtsbarkeit 23; vgl auch *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 700, der zur Bestimmung der rechtsstaatlichen Vorgaben des Art 6 EMRK auch diejenigen Handlungsformen und Verfahrensgestaltungen mitberücksichtigt, die mit der „Vollziehung einzelner Materien zwingend oder typischerweise" verbunden sind.

oder gleichbedeutend: in desto höherem Maß ist die demokratische Legitimation der eingesetzten Organe gefordert.[790]

Dass es sich bei diesem Ergebnis wohl weder um eine überraschende noch eine grundlegend neue Einsicht handelt, ist unumwunden zuzugestehen. Jedoch war es mir ein Anliegen, nicht dem oft gegangenen Weg der vorbehaltslosen Reflektion auf das - im Ergebnis - „ohnehin schon Bekannte" zu folgen, sondern selbständig nach einer dogmatischen Grundlage zu forschen und dabei womöglich über die Berufung auf den mE stets etwas vagen bleibenden rechtswissenschaftlichen Gemeinplatz des Gleichheitssatzes[791] hinaus zu kommen. In diesem Sinn mögen die vorigen Ausführungen ihre Rechtsfertigung finden.

8. Das Element der Ingerenz

Neben dem quantitativen und dem qualitativen Element ist im Rahmen der Erörterung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit „nichtstaatlicher Erfüllungsbeteiligungen" auch noch die stets[792] herzustellende Ingerenz des jeweils obersten Organs auf bloß funktionell-staatliche Organe zu behandeln. Dieses notwendige Element der Ingerenz kommt nicht zuletzt auch in der Rechtsprechung des VfGH unmissverständlich zum Ausdruck, wenn er erkennt, dass Art 20 Abs 1 B-VG gegenüber bloß funktionell-staatlichen Organen nicht unmittelbar gilt und daher entsprechende Einflussmöglichkeiten auf die Gestion der zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben herangezogenen nicht unmittelbar staatlichen Organen erst einfachgesetzlich herzustellen sind.[793]

---

[790] Ebenso *Lachmayer*, Ausgliederungen 755; ganz in diesem Sinn auch *Pabel*, Ausgliederung 229; *Baumgartner*, Zivildienstverwaltung 87; *Heller*, Kernaufgaben 252; wohl auch *Potacs*, PPP 39 ff; siehe zum Zusammenhang zwischen Demokratie und Grundrechten auch *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 357 ff.

[791] Vgl zB *Berka*, Eingriff 37 ff.

[792] Jedenfalls immer dann, wenn Staatsverwaltung iSd B-VG vorliegt; zu den unterschiedlichen Meinungen in Bezug auf die Privatwirtschaftsverwaltung siehe einerseits zB *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 45 ff, und seinen Ausführungen zu dem von ihm so bezeichneten „Aufgabendelegationszusammenhang" sowie andererseits zB *Korinek*, Bedingungen 46, wonach es sich bei privatrechtlichem Handeln eines Privatrechtssubjekts niemals um staatliche Verwaltung iSd B-VG handeln könne.

[793] In diese Richtung schon Vfslg 14.473/1996, explizit aber VfSlg 16.400/2001; VfSlg 17.421/2004.

Es wurde bereits oben dargestellt, dass die Notwendigkeit zur Verankerung solcher Einwirkungs-, Gestaltungs- und Sanktionsmöglichkeiten zugunsten des dem Parlament jeweils rechtlich und politisch verantwortlichen Ressortleiters im demokratischen Baugesetz der Bundesverfassung wurzelt (siehe Punkt 6.2.1). Dadurch soll das notwendige Maß an demokratischer Legitimation einer solchen von der Norm abweichenden Verwaltungsführung und damit letztlich eben genau die angesprochene Verantwortlichkeit des zuständigen obersten Organs gegenüber dem demokratischen Vertretungskörper verwirklicht werden. Als Bezugspunkte sind - wie schon oben in Punkt 6.2.2 angesprochen - auch hier natürlich wieder die Weisungsbefugnis sowie die Personal- und Finanzhoheit des jeweiligen obersten Organs bzw ganz allgemein dessen Möglichkeiten im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung der internen Aufbau- und Ablauforganisation des zur Aufgabenerfüllung herangezogenen funktionellen Organs (kurz gesagt: die Organisationsgewalt) entsprechend zu beachten.

Betrachtet man dieses Konzept der demokratischen Legitimation schließlich (auch) aus der Perspektive des „Work-flow“ im Sinne der betriebswirtschaftlich orientierten Organisations- und Managementlehre, so wird dies für die konkrete Umsetzung bedeuten, dass - ohne hier allerdings allzu sehr ins Detail gehen zu können - auf jeder der drei grundsätzlichen Stufen der Ablauforganisation (nämlich Vorbereitung, operative Ausführung, Nachbereitung)[794] entsprechende Gestaltungsmöglichkeiten des zuständigen Bundesministers vorzusehen sein werden.
Was den Punkt der Vorbereitung iwS betrifft, so wird dies schon einmal für den mE besonders wichtigen Bereich der Auswahl und Ausbildung des Personals zu beachten sein;[795] hier werden ja quasi die wesentlichen „Grundsteine“ gelegt, auf die erst alle weiteren Maßnahmen aufbauen können und von daher schon im Vorhinein in gewisser Weise den Erfolg oder Misserfolg des jeweils einzelnen Vorhabens (mit-) bestimmen. Ebenso wird unter dem Stichwort der Vorbereitung iwS aber auch der Punkt der infrastrukturellen Ausstattung im technischen und räumlichen Sinn sowie die laufende Aktualisierung des notwendigen Informationsstandes des jeweils eingesetzten Personals

[794] Vgl zB *Küpper/Helber*, Ablauforganisation 27 ff.
[795] Ebenso *Mayer*, Sicherheitsexekutive 469 ff; *Lachmayer*, Polizeihandeln 421 f; *Weber/Schlag*, Sicherheitspolizei 91 f.

mit ins Kalkül zu ziehen sein - wiewohl man letzteres natürlich aber auch als Ausbildung iwS verstehen kann.

Was dann den Punkt der operativen Ausführung - iSd der tatsächlichen Erfüllung einer Aufgabe unter Wahrnehmung bestimmter Befugnisse mittels Setzung tatsächlicher Maßnahmen[796] - betrifft, so stellt dies wohl unstrittig das „Herzstück" der Tätigkeit jeder operativ angelegten Erfüllungseinheit dar; gerade hier werden ja außenwirksame - und damit allenfalls grundrechtsrelevante - Veränderungen im Seinsbereich gesetzt;[797] und gerade in diesem Bereich stellt sich die Frage, wie groß der jeweilige Entscheidungs- und Handlungsspielraum des funktionell-staatlichen Personals denn nun tatsächlich sein darf. Vor allem im Zusammenhang mit der unmittelbaren und außenwirksamen Aufgabenerfüllung kommt daher mE dem Führungsinstrument der Weisung besondere Bedeutung zu[798] (wiewohl natürlich aber auch auf den beiden anderen oben angesprochenen Ebenen der Auflauforganisation - nämlich Vorbereitung und Nachbereitung - entsprechende Weisungsmöglichkeiten des obersten Organs notwendig sein werden).

Was nun schließlich den Punkt der Nachbereitung anlangt, so sind damit ganz allgemein solche Möglichkeiten gemeint, anhand derer die Zielerreichung jedes Einsatzes überprüft und so etwaige Fehler oder Missstände in der Ablauf- und/oder Aufbauorganisation berichtigt werden können. Da es nun gerade auch im Zusammenhang mit funktionellen Privatisierungen um die Einbindung an sich „systemfremder" (weil nicht in den staatlichen Organisationskomplex eingegliederte) Arbeitskräfte geht, ist hierzu festzuhalten, dass etwaige „Nachbesserungsmaßnahmen" aus Sicht des Staats (konkret: des Rechtsträgers Bund) wohl hauptsächlich im Bereich der Ablauforganisation stattfinden werden. Denn im Bereich der Aufbauorganisation - hier wieder speziell die Gebiete der Organisations- und Finanzhoheit[799] - werden wohl (wenn überhaupt) nur sehr rudimentäre Einfluss- und Gestaltungsmöglichkeiten des Staats zu finden sein; sind es doch bekanntlich gerade die Instrumente der Organisationsgewalt und der Finanzhoheit, durch die der intensivste Einfluss auf die für

[796] Siehe dazu oben Punkt 2.3.3.
[797] Vgl dazu *Funk*, Verwaltungsakt 188, der in Bezug auf die an der untersten Stufe der Rechtsordnung stehenden individuell-konkreten Verwaltungsakte von der „Nahtstelle zwischen normativer und faktischer Wirklichkeit" spricht.
[798] Siehe oben Punkt 6.2.1.
[799] Siehe insb *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 358, 384; *Raschauer*, Grenzen 434 ff.

das nachhaltige Bestehen einer privat- bzw erwerbswirtschaftlich tätigen Entität unabdingbaren Voraussetzung bewirkt werden kann.[800] Würde der einfache Gesetzgeber tatsächlich solche Möglichkeiten vorsehen, so würden diese im Falle der einseitig-heteronomen Heranziehung - also im Fall einer Inpflichtnahme[801] - wohl nur schwer zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe in der Sphäre der davon betroffenen nichtstaatlichen Rechtsträger darstellen bzw im Falle der einvernehmlich-vertraglichen Heranziehung für den nichtstaatlichen Vertragspartner wohl einen unannehmbaren (zumindest aber nur sehr teuer zu erkaufenden) Vertragsinhalt bedeuten. Darüber hinaus ließe sich mE sogar durchaus behaupten, dass bei Vorliegen solcher intensiven - geradezu die „Natur" eines eigenständigen Rechtsträgers betreffenden - Ingerenzbefugnisse in Bezug auf die derart „Belasteten" überhaupt nicht mehr von selbständigen Rechtsträgern gesprochen werden könnte, ohne aber diese Frage an gegebener Stelle näher vertiefen zu können.[802] Neben umfassenden Aufsichts- und Informationsmöglichkeiten spielt daher in Bezug auf den hier diskutierten Punkt der Nachbereitung letztlich vor allem das Führungsinstrument der - jeweils geeigneten bzw an den konkreten Fehler oder Missstand angepassten - Sanktion gegen einen rechtswidrig und schuldhaft Handelnden eine wesentliche Rolle.[803] Nach wie vor ist ja diese in hierarchisch gegliederten Ablauforganisationen (wobei die Notwendigkeit einer solchen hierarchisch gegliederten Ablauforganisation gerade im Bereich der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit wohl nicht zu bestreiten sein wird[804]) zur Gewährleistung einer stets geordneten Arbeitsweise nicht wegzudenken.

Inwieweit sich nun aus dem systematischen Zusammenwirken der Elemente Quantität, Qualität und Ingerenz für die konkrete Beurteilung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit funktioneller Privatisierungen etwaige Grenzen bestimmen lassen, die vom einfachen Gesetzgeber keinesfalls überschritten werden dürfen und insofern absolut wirken, wird sogleich im folgenden Punkt behandelt.

---

[800] Siehe zB *Lechner/Egger/Schauer*, Betriebswirtschaftslehre 113 ff, 154 ff, 221 ff, 569 ff.
[801] Siehe zB *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht 328.
[802] Vgl dazu auch schon die Ausführungen bei *Merkl*, Verwaltungsrecht 351, über die Selbstverwaltung.
[803] Dies betont auch *Lachmayer*, Polizeihandeln 420.
[804] Siehe dazu schon die Ausführungen in Punkt 7.3.1.3 über die Genese des Art 78d B-VG.

Zuvor sei an dieser Stelle aber auch noch bemerkt, dass sich die folgenden Überlegungen wegen ihrer unvermeidlichen Abstraktheit und Grundsätzlichkeit - jedenfalls stellenweise - einigermaßen weit weg vom eigentlich zu bearbeitenden Untersuchungsgegenstand der allgemeinen Sicherheitspolizei bewegen. Jedoch erscheint es mir zur Wahrung der Nachvollziehbarkeit der Darstellung und der Vollständigkeit in der „Grundlagenaufbereitung“ sinnvoll, zumindest die wesentlichsten Eckpunkte der allgemeinen Systematik funktioneller Privatisierungen zu umreißen und dort, wo ein konkreter Bezug zur untersuchungsleitenden Thematik vorliegt, in die notwendige Tiefe zu gehen.

9. Zur Feststellbarkeit absoluter Grenzen

9.1 Zur Feststellbarkeit einer absoluten quantitativen Grenze

In Punkt 6.2.2 wurde gezeigt, dass jede außenwirksame Beteiligung nichtstaatlicher Rechtsträger an der Erfüllung staatlicher Verwaltungsaufgaben eine Abweichung von dem durch Art 20 Abs 1 B-VG iVm Art 77 Abs 1 B-VG konstituierten System der staatlichen Verwaltung darstellt und damit zwangsläufig eine Abschwächung ihrer demokratischen Legitimation zur Folge hat. Es stellt sich nun die Frage, ob bzw wie und wo sich eine Grenze finden lässt, ab der weitere nichtstaatliche Erfüllungsbeteiligungen bzw die mit solchen Maßnahmen verbundenen Abschwächungen der demokratischen Legitimation der staatlichen Verwaltung aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht mehr hingenommen werden können und daher unzulässig sind.

Zur Auffindung einer solchen absoluten Grenze könnte man zunächst einmal daran denken, allein über das Element der Quantität nach einer dogmatisch begründeten Antwort zu suchen. Das würde bedeuten, dass unabhängig davon, welche Aufgaben oder Befugnisse betroffen wären, allein schon aufgrund der bloßen Anzahl der

Abweichungen von dem durch Art 20 Abs 1 B-VG iVm Art 77 Abs 1 B-VG konstituierten System dem einfachen Gesetzgeber Grenzen gesetzt wären, über die er nicht hinausgehen darf.[805]

Bei einer solchen rein quantitativen Herangehensweise würde es sich aber mE um eine unzulässige Verkürzung der Problematik handeln. Denn es darf ja nicht übersehen werden, dass bei jeder außenwirksamen Einbindung nichtsstaatlicher Rechtsträger in die Erfüllung staatlicher Verwaltungsaufgaben eine dem Staat (rechtlich) zuzurechnende Aufgabe betroffen ist (jedenfalls aber dann, wenn es sich - wie im gegenständlichen Fall der allgemeinen Sicherheitspolizei - um die Ausübung von Hoheitsgewalt handelt[806]). Weiters wird man in diesem Zusammenhang zu beachten haben, dass ganz iSv Punkt 7 jeder dem Staat zuzurechnenden Aufgabe auch eine gewisse Bedeutung beikommt, die vom jeweiligen Gesetzgeber in einer rechtlich mehr oder weniger klaren Art und Weise zum Ausdruck gebracht wird[807] (im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Beurteilung funktioneller Privatisierungen kann es allerdings natürlich nur auf die dogmatisch fass- und begründbaren Werthaltungen des Verfassungsgesetzgebers ankommen; wie sich dies konkret für die Materie der allgemeinen Sicherheitspolizei darstellt, habe ich oben sowohl aus der Sicht des objektiven Staatsrechts[808] als auch aus der Perspektive des auf das einzelne menschliche Individuum abstellenden Teils des Verfassungsrechts[809] zu zeigen versucht). Damit ist dann aber auch klar, dass mit jeder nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligung ein von der Bedeutung der jeweils betroffenen Aufgaben und Befugnisse abhängiges (und damit durchaus unterschiedlich großes) Maß an Abschwächung der demokratischen Legitimation der staatlichen Verwaltung verbunden ist, das bei einer Gesamtbetrachtung beachtet werden muss.

---

[805] So offenbar *Pabel*, Ausgliederung 223; vgl auch *Raschauer*, Rechtsfortbildung 19.

[806] Zu den unterschiedlichen Meinungen in Bezug auf die Privatwirtschaftsverwaltung siehe einerseits zB *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 45 ff, sowie andererseits zB *Korinek*, Bedingungen 46.

[807] Vgl zB schon *Merkl*, Verwaltungsrecht 297; *Hiesel*, Verfassung 47 ff; dass der Gesetzgeber jeder Staatsaufgabe eine gewisse Bedeutung beimisst, ergibt sich schon aus der Überlegung, dass ja nicht angenommen werden kann, der Staat würde Aufgaben für sich in Anspruch nehmen, die für ihn völlig bedeutungslos sind; im Übrigen ist hier daran zu erinnern, dass der Staat nur iSd Gemeinwohls tätig werden darf; wenn sich daher der Staat eines bestimmten Tätigkeitsbereichs annimmt, so bringt er damit auch zum Ausdruck, dass an der Erledigung der jeweiligen Aufgaben ein öffentliches Interesse besteht; siehe dazu auch Punkt 2.1.6.

[808] Siehe Punkt 7.3.

[809] Siehe Punkt 7.4.

Am Ende dieser Überlegungen lassen sich daher zwei grundlegende Ergebnisse festhalten:

zum Einen, dass allein ein Rekurs auf die mengenmäßig verstandene[810] *Anzahl nichtstaatlicher Erfüllungsbeteiligungen nicht ausreicht, um die durch solche Maßnahmen insgesamt verwirklichte Abschwächung der demokratischen Legitimation der staatlichen Verwaltung zu erfassen. Vielmehr ist dazu immer auch die rechtlich zum Ausdruck gebrachte Bedeutung (also die Qualität) der jeweils betroffenen Aufgaben und Befugnisse - die trotz allem nach wie vor dem Staat zugerechnet werden - ins Kalkül zu ziehen,* [811] sowie

zum Andern, dass - ganz im Sinne eines beweglichen Systems - die absolute Grenze für die hier diskutierte Sonderform der staatlichen Verwaltung als Phänomen betrachtet jedenfalls dann früher erreicht sein wird, wenn besonders wichtige staatliche Kompetenzen betroffen sind, sowie umgekehrt, dass ein größerer quantitativer Spielraum zur Verfügung stehen wird, wenn bloß die Erfüllung weniger wichtiger Aufgaben auf nichtsstaatliche Rechtsträger überbunden bzw qualitativ weniger bedeutsame Befugnisse auf diese übertragen werden sollen.[812]

---

[810] Dass ich von der rein mengenmäßigen Anzahl spreche, ist eigentlich unnötig, da ja der Begriff „Anzahl" im allgemeinen Sprachgebrauch immer nur quantitativ zu verstehen ist. Da allerdings sogar der VfGH den von ihm verwendeten Topos der „vereinzelten Aufgaben" nicht nur im mengenmäßigen Sinn versteht, habe ich mich zur unmissverständlichen Klarstellung des von mir gemeinten zu der von mir genannten Formulierung veranlasst gesehen.

[811] So ausdrücklich auch VfSlg 14.473/1996, wo der VfGH im Zusammenhang mit dem Kriterium der „vereinzelten Aufgaben" ebenfalls auf Umfang und Bedeutung der betroffenen staatlichen Kompetenzen Bezug nimmt (siehe dazu schon oben Punkt 6.1.1); weiters VfSlg 11.500/1987, VfSlg 15.427/1999 und VfSlg 15.886/2000, wo der VfGH im Zusammenhang mit der dem Phänomen der „funktionellen Privatisierung" ähnlichen - jedoch zum Unterschied zu dieser ausdrücklich in der Verfassung vorgesehenen - Möglichkeit der Einrichtung weisungsfreier Kollegialbehörden nach Art 20 Abs 2 B-VG aF iVm Art 133 Z 4 B-VG und der damit verbundenen Abweichung vom Leitungs- und Verantwortungszusammenhanges iSd Art 20 Abs 1 B-VG ebenfalls auf Quantität und Qualität der betroffenen verwaltungsrechtlichen Agenden Bezug nahm (zur nunmehrigen durch BGBl I Nr 2008/2 eingeführten Rechtslage gemäß Art 20 Abs 2 Z 3 B-VG iVm Art 133 Z 4 B-VG siehe zB *Fischerlehner*, Verwaltungsbehörden 421 ff); zum Zusammenhang dieser beiden Sonderformen der Verwaltung siehe zB *Baumgartner*, Ausgliederung 45 f; ebenso weist *Hengstschläger*, Totaländerung 238, im Zusammenhang mit der gehäuft vorgenommenen Korrektur „unliebsamer" VfGH-Entscheidungen durch den Verfassungsgesetzgeber und einer dadurch unter Umständen sukzessive verwirklichten Gesamtänderung der Verfassung daraufhin, dass sowohl die Anzahl solcher Korrekturen als auch die Bedeutung der davon betroffenen Angelegenheiten zu beachten ist; ebenso *Adamovich*, Recht und Politik 9; *Funk*, Verwaltungsakt 154 f; *Funk*, BWA-Erk 23.

[812] In diesem Sinn auch ausdrücklich *Hengstschläger*, Totaländerung 238, der Quantität und Qualität als miteinander kommunizierende Größen bezeichnet.

Vor dem Hintergrund dieser Ergebnisse und unter Rekurs auf das bereits oben in den Punkten 6.1.1 und 6.3 Gesagte sei nun noch eine Bemerkung zu dem für die Ausgliederungs- und Privatisierungsthematik so bedeutenden Austro-Control-Erkenntnis des VfGH (VfSlg 14.473/1996) gestattet. ME ist dem Gerichtshof vollkommen zuzustimmen, wenn er in dieser Entscheidung zur Ansicht gelangt, dass es bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Übertragung staatlicher Kompetenz auf nichtstaatliche Rechtsträger auf „*Umfang*“ und „*Bedeutung*“ der je betroffenen Aufgaben bzw Befugnisse ankomme. Was aber nach den bisherigen Überlegungen doch bedenklich - um nicht zu sagen unzutreffend - erscheint ist der Umstand, dass der VfGH in der genannten Entscheidung näherhin auf Umfang und Bedeutung *„der den staatlichen Organen zur unmittelbaren Wahrnehmung verbleibenden Kompetenzen“* abstellt und sich dabei ausdrücklich (nur) auf den Bereich der Zivilluftfahrt als Referenzgröße bezieht. Dazu ist unter Erinnerung an die Bemerkungen in den Punkten 6.1.1 und 6.3 ausdrücklich festzuhalten, dass dem relationalen Bezug auf eine bestimmte Bezugsgröße (mag dies nun ein Kompetenztatbestand, ein Materiengesetz oder ein Rechtsgebiet sein) grundsätzlich nicht gefolgt werden kann, es sei denn, der Verfassungsgesetzgeber hätte die Abwägung in einem solchen engeren Bereich entsprechend deutlich angeordnet; jedoch kann in Bezug auf den vom VfGH herangezogenen Bereich der Zivilluftfahrt von einer solchen verfassungsrechtlichen Anordnung mE nicht gesprochen werden (zumindest ist mir eine solche Anordnung nicht ersichtlich). Im Ergebnis kann es daher - wie bereits in Punkt 6.2.2 ausgeführt - durch den notwendigen interpretativen Rückbezug auf das demokratische Baugesetz nur auf die staatliche Verwaltung als Gesamtheit ankommen. Weiters ist nach all den bisherigen Ausführungen zu quantitativem und qualitativem Element an dieser Stelle aber auch festzuhalten, dass entgegen der Ansicht des VfGH nicht die den unmittelbar staatlichen Organen zum Vollzug verbleibenden Kompetenzen ausschlaggebend sein können, sondern gerade umgekehrt ausschließlich die auf bloß funktionell-staatliche Organe übertragenen Kompetenzen. Wie oben dargelegt sind es eben diese auf funktionell-staatliche Organe übertragenen Kompetenzen, durch die die demokratische Legitimation der staatlichen Verwaltung herabgesetzt wird. Unter Beachtung dieser Überlegungen hätte daher die Formulierung in der oben genannten Entscheidung mE richtiger Weise so oder sinngleich lauten müssen:“ Angesichts des Umfangs und der

Bedeutung *der auf die Austro Control übertragenen Kompetenzen* wertet der Gerichtshof diese Übertragung als zulässig“ und nicht „Angesichts des Umfangs und der Bedeutung *der den staatlichen Organen zur unmittelbaren Wahrnehmung verbleibenden Kompetenzen (...)*“ (vorausgesetzt natürlich, dass der VfGH auch nach dieser nunmehr etwas anders aufgebauten Begründung zum selben Ergebnis, nämlich der Zulässigkeit der Übertragung bestimmter Kompetenzen auf die Austro Control, gekommen wäre). Ein allgemeiner Bezug auf die den unmittelbar staatlichen Organen verbleibenden Kompetenzen ist also - wenn sich dieser Bezug nur auf einen Teilbereich der staatlichen Verwaltung beschränkt - ohne entsprechende verfassungsrechtliche Anordnung weder erforderlich noch ausreichend (siehe schon die Punkte 6.2.2 und 6.3), was im gegebenen Zusammenhang mit der Herausarbeitung der Systematik absoluter Grenzen nochmals wiederholt sei.

9.2 Zur quantitativ-qualitativen Beurteilung des Phänomens

9.2.1 Allgemeine Bemerkungen

Bereits in Punkt 6.2.2 wurde festgestellt, dass es letztlich vor dem Hintergrund des demokratischen Baugesetzes der österreichischen Bundesverfassung jedenfalls „irgendwo“ eine Grenze geben muss, ab der infolge der mit „nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligungen“ unweigerlich verbundenen Abschwächungen der demokratischen Legitimation der staatlichen Verwaltung keine weiteren solchen Maßnahmen mehr gesetzt werden dürfen und daher dem genannten Phänomen als solchem eine absolute Grenze gesetzt ist. Ebenso wurde an erwähnter Stelle bereits festgehalten, dass die dogmatische Begründung einer solchen absoluten Grenze eine besondere Herausforderung darstellt, da die thematisch einschlägigen verfassungsrechtlichen Bestimmungen mit keinem Wort eine derartige Grenze erwähnen oder auch nur ansatzweise ihre genaue Lage erkennen lassen. Dennoch sind dem wissenschaftlichen Schrifttum mitunter Ansätze zu entnehmen, die eine solche

Grenzziehung - wenn auch nicht immer in der Hauptsache, aber doch - zum Inhalt haben.

Im Folgenden sollen diese Ansätze nun in ihren wesentlichsten Eckpunkten vorgestellt werden, wobei in die Darstellung auch durchaus kritische Gesichtspunkte Eingang finden werden. Nicht beabsichtigt ist im Rahmen dieser Arbeit allerdings eine umfassende und eingehende Erörterung dieser speziellen Problematik, da dies einerseits zu weit weg vom eigentlichen Untersuchungsgegenstand führen würde und andererseits den Umfang der vorliegenden Arbeit über das vertretbare Maß hinaus ausufern ließe. Wie bereits am Ende der Ausführungen in Punkt 8 erwähnt wurde, dienen die folgenden Überlegungen daher lediglich der „Abrundung" bei der Behandlung des der Untersuchung eigentlich zugrunde liegenden Themas der „Möglichkeiten und Grenzen der Beteiligung Privater an der Erfüllung von Aufgaben der allgemeinen Sicherheitspolizei" und einer damit zusammenhängenden kritischen Auseinandersetzung mit der Judikatur des VfGH.
Damit kann es dann schließlich im Rahmen dieser Arbeit aber auch dahingestellt bleiben, ob bei der Auffindung einer absoluten Grenze für nichtstaatliche Erfüllungsbeteiligungen im Sinne des Punktes 2.5.4 (worunter nach der in dieser Arbeit verwendeten Terminologie sowohl funktionelle Privatisierungen als auch funktionelle Ausgliederungen zu verstehen sind) auch andere vom Konzept der Art 20 Abs 1 B-VG abweichende Formen der Verwaltungsführung zu beachten sind. Gemeint sind damit insb die weisungsfreie Verwaltung gemäß Art 20 Abs 2 B-VG sowie die Selbstverwaltung iSd Art 115 ff B-VG und 120a ff B-VG.[813] Obwohl auch diese Arten der Verwaltungsorganisation ausdrücklich in der Verfassung vorgesehen sind, gibt es Meinungen, wonach auch sie hinsichtlich des stets einzuhaltenden Gesamtniveaus an demokratischer Legitimation der staatlichen Verwaltung am „Regel-" bzw. „Modellfall" des Art 20 Abs 1 B-VG zu messen wären und daher auch für diese von Art 20 Abs 1 B-VG abweichenden Formen der staatlichen Verwaltung schon grundsätzlich von einer

[813] *Grabenwarter/Holoubek*, Kollegialbehörden 202 f, erwähnen in diesem Zusammenhang noch die Verwaltungsführung durch Schulbehörden gemäß Art 81a B-VG, weiters die mögliche Bürgerbeteiligung nach Art 11 Abs 6 B-VG sowie die Möglichkeit des einfachen Gesetzgebers gemäß Art 129a Abs 1 Z 3 B-VG, die Zuständigkeit der UVS zu begründen; allerdings spielen diese speziellen Formen der Verwaltungsführungen auch bei *Grabenwarter/Holoubek* keine weitere Rolle mehr, weil sie in ihren weiteren Ausführungen nur mehr allgemein von der „Selbstverwaltung" und der „weisungsfreien Verwaltung" sprechen.

quantitativ-qualitativen Beschränkungen auszugehen sei.[814] Andere bestreiten dies dagegen vehement und sind der Ansicht, dass all diese Formen der Verwaltungsführung völlig gleichberechtigt nebeneinander stünden und der einfache Gesetzgeber daher grundsätzlich die freie Wahl zwischen diesen Formen hätte.[815] Wie auch immer man nun zu dieser speziell zu behandelnden Frage stehen mag, so lässt sich mE doch eindeutig festhalten, dass es als Ausgangsbedingung für die weiteren Erörterungen jedenfalls für nichtstaatliche Erfüllungsbeteiligungen iSd Punkts 2.5.4 irgendwo eine quantitativ-qualitative Grenze geben muss, die der einfache Gesetzgeber für derartige Maßnahmen zu beachten hat.

9.2.2 Zu möglichen Begründungsansätzen

9.2.2.1 Richtwert einer „absolut geringen Zahl“

Dieser Ansatz wird in der Literatur insb von *Lachmayer* vertreten.[816] Auch er nimmt in seiner Argumentation das verfassungsrechtliche Organisationskonzept der staatlichen Verwaltung als Ausgangspunkt und betont, dass mit jedem Abweichen von diesem Grundmodell unausweichlich eine Abschwächung der demokratischen Legitimation der staatlichen Verwaltung verbunden ist.

---

[814] So offenbar schon *Merkl*, Verwaltungsrecht 362, für die Selbstverwaltung unter Bezugnahme auf die Stellung des Parlaments; weiters *Funk*, Verwaltungsakt 119 f, der die Selbstverwaltung, die weisungsfreie Verwaltung sowie die Beleihung nichtstaatlicher Rechtsträger mit hoheitlichen Kompetenzen in einem Atemzug als Ausnahmen von dem durch Art 20 Abs 1 B-VG konstituiertem Prinzip nennt, sowie *Puck*, Erfüllung 34, der die Erfüllung staatlicher Verwaltungsaufgaben durch Selbstverwaltungskörper im übertragenen Wirkungsbereich nur solange als zulässig ansieht, als „nicht der von der Bundesverfassung vorgesehene Verwaltungsaufbau in seinem Wesen ausgehöhlt wird“ (jeweils allerdings für die Rechtslage vor der B-VGNov 2008); ähnlich *Matzka*, Organisationsformen 687, demzufolge die Selbstverwaltung große Ähnlichkeit mit Ausgliederungen und anderen Sonderformen der Verwaltung aufweist; siehe insb auch VfSlg 11.500/1987, VfSlg 15.427/1999 und VfSlg 15.886/2000, allesamt in Bezug auf Kollegialbehörden nach Art 20 Abs 2 B-VG aF iVm Art 133 Z 4 B-VG; auch *Müller B*., Regulierungsbehörden 216, 222, 338, betont, dass das Modell des Art 20 Abs 1 B-VG für das gesamte B-VG prägend sei und dass deshalb durch eine überhand nehmende Zahl an Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag gemäß Art 20 Abs 2 B-VG idgF iVm Art 133 Z 4 B-VG eine Gesamtänderung der Bundesverfassung in Bezug auf das demokratische Baugesetz (!) bewirkt werden könnte; zugleich ist er aber auch der Ansicht, dass sowohl die Verwaltungsführung nach Art 20 Abs 1 B-VG als auch jene nach Art 20 Abs 2 B-VG völlig gleichwertig nebeneinander stünden und daher eine weisungsfreie Verwaltungsführung iSd letztgenannten Bestimmung keinerlei Begründung oder Rechtfertigung bedürfe; insgesamt widerspricht sich damit *Müller B*. mE in einem doch nicht unerheblichen Maße.

[815] So *Grabenwarter/Holoubek*, Kollegialbehörden 202 ff; *Müller B*., Regulation 216, 222, 376, allerdings wiederum mit der in der obigen FN geübten Kritik.

[816] *Lachmayer*, Ausgliederungen 756 ff.

Speziell in der Auseinandersetzung mit dem verfassungsgerichtlichen Topos der „vereinzelten Aufgaben“ stellt *Lachmayer* schließlich fest, dass hier der VfGH entgegen dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht von einer absolut geringen Zahl an übertragbaren Kompetenzen des Staats ausgeht, sondern diesen Begriff in einem relationalen Sinn versteht, indem der VfGH - wie oben in Punkt 6.1.1 näher dargestellt - nicht nur auf den Umfang, sondern eben auch auf die Bedeutung der jeweils betroffenen Kompetenzen Bezug nimmt.
Zur Vermeidung der mit einer solchen Auffassung zwangsläufig verbundenen Probleme - siehe wiederum Punkt 6.1.1 - plädiert *Lachmayer* nun dafür, das Kriterium „vereinzelte Aufgaben“ tatsächlich als bloß vereinzelt iSv rar, selten, wenig zu verstehen. Er meint damit ausdrücklich einen absolut geringen Wert ohne relationaler Bezugnahme auf irgendeine Gesamtzahl. Allerdings sei seinem Verständnis nach davon auszugehen, dass es sich dabei um keinen fixen bzw unverrückbaren Wert handelt, sondern dass ganz im Sinne eines beweglichen Systems diese quantitativ absolut gering zu verstehende Größe durch etwaige Kompensationsmaßnahmen mehr oder weniger weit überschritten werden könne (womit er ganz offensichtlich Ingerenzmöglichkeiten iSd Judikatur des VfGH zum Zweck der Herstellung entsprechender demokratischer Legitimation meint).

Wiewohl ich den Auffassungen und Ansichten *Lachmayers* über weite Strecken folgen möchte und dies in der vorliegenden Untersuchung auch getan habe, so bleiben in der Bezugnahme auf einen absolut gering zu verstehenden Wert an zulässigen Einbindungen nichtstaatlicher Rechtsträger in die staatliche Verwaltung mE doch zwei wesentliche Dinge unklar: erstens, warum gerade nur eine absolut geringe Zahl an solchen Maßnahmen zulässig sein soll und nicht etwa auch zB „nicht viele“ oder eine ähnliche Größenangabe, und zweitens, welche genaue Zahl man unter einer absolut geringen Größe zu verstehen habe (etwa 3, 4, oder doch vielleicht auch noch 7, 8). Natürlich ist mir klar, dass eine genaue Zahlenangabe vom genannten Autor wohl gar nicht beabsichtigt war und dass als quantitativer Richtwert eine „absolut geringe Zahl“ als durchaus adäquat „ins Bild passen mag“. Allerdings scheint mir dieses Ergebnis vor dem Hintergrund der Vagheit des zur Interpretation zur Verfügung stehenden positiven

Verfassungsrechts in einem nicht unerheblichen Maß (auch) rechtspolitisch veranlasst und daher nicht rechtsdogmatisch zwingend notwendig.

9.2.2.2 Das „historisch vorgefundene Maß“

Wie bereits in Punkt 6.2.1 bemerkt wurde, hat der VfGH schon von Anfang an die Auffassung vertreten, dass das durch die Verfassung konstituierte Organisationskonzept der staatlichen Verwaltung kein geschlossenes sei, sondern dass es vielmehr auch die Einbindung nichtstaatlicher Rechtsträger in die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben erlaube. Begründet hat dies der Gerichtshof bekanntlich damit, dass diese Sonderform der staatlichen Verwaltung als Abweichung von dem durch Art 20 Abs 1 B-VG iVm Art 77 Abs 1 B-VG grundgelegten Konzept bereits vom Bundesverfassungsgesetzgeber des Jahres 1920 vorgefunden und insoweit stillschweigend akzeptiert wurde.

Von einem solchen retrospektiven Ansatz ausgehend ließe sich nun einen Schritt weiter gehend daran denken, durch einen Blick zurück auf die Rechtsordnung der Monarchie und den insoweit im Jahre 1920 tatsächlich vorgefundenen Fällen der „Beteiligung nichtsstaatlicher Rechtsträger an der staatlichen Verwaltung“[817] nach einer genaueren Antwort auf die Frage nach der absoluten Grenze ihrer Zulässigkeit zu suchen. Konkret könnte daran gedacht werden, durch einen solchen Blick auf das Jahr 1920 die Frage zu beantworten, inwieweit durch solche Sonderformen der staatlichen Verwaltung ihre demokratische Legitimation insgesamt abgeschwächt werden darf.[818] Auf die Spitze getrieben könnte dies theoretisch in der Weise in Angriff genommen werden, dass man die solcherart vorgefundenen Fälle einfach nur abzuzählen sowie jeden einzelnen dieser Fälle entsprechend der jeweils betroffenen staatlichen Aufgaben und Befugnisse ganz im Sinn des qualitativen Elements rechtlich zu „bewerten“ und dabei schließlich zu berücksichtigen hätte, welche Ingerenzmöglichkeiten dem jeweiligen obersten Organ in allen diesen vorgefundenen Fällen eingeräumt waren. Eine „Aufsummierung“ des durch alle diese Fälle insgesamt verwirklichten Defizits an demokratischer Legitimation im

[817] Siehe dazu insb VfSlg 3685/1960 und die dort aufgezählten Beispiele.
[818] In diesem Sinn ist wohl der in VfSlg 14.473/1996 auszugsweise zitierte Beschwerdeführer zu verstehen, wenn er zum Ausdruck bringt, dass in einem bestimmten, durch historische Interpretation zu ermittelnden Umfang Unternehmungen auch mit hoheitlichen Aufgaben betraut werden dürften und sich dies für den VfGH als quantifizierendes Problem darstelle.

Vergleich zu ihrer Erfüllung durch unmittelbar staatliche Organe würde dann theoretisch den „Rahmen“ bezeichnen, in dem die historisch vorgefundene Erscheinung der „Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch nichtstaatliche Rechtsträger“ schon im Jahre 1920 zulässig war und daher auch heute noch als zulässig anzusehen sei. ME stehen allerdings dem Erwarten, dass aus einem solchen Vorgehen tatsächlich präzise Ergebnisse gewonnen werden können, doch nicht unwesentliche Argumente dagegen.

So ist zunächst einmal zu festzuhalten, dass aufgrund der thematischen Unbestimmtheit der einschlägigen verfassungsrechtlichen Bestimmungen weder die Wichtigkeit staatlicher Aufgaben und Befugnisse (also ihre Qualität im Sinne der in dieser Arbeit verwendeten Terminologie) noch die durch diverse Ingerenzbefugnisse hergestellte demokratische Legitimation mit einer an die Disziplin der Mathematik erinnernden Exaktheit festgestellt werden können.[819] In rechtswissenschaftlichen Zusammenhängen ist daher mE die Bildung einer auch nur halbwegs exakten oder intersubjektiv nachprüfbaren „Summe“ an durch funktionelle Privatisierungen oder Ausgliederungen hervorgerufenen demokratischen Defizits nicht durchführbar. Ein derartiges Vorgehen wäre nur dann möglich, wenn je bestimmten Aufgaben und Befugnissen je bestimmte „Werte“ von der Rechtsordnung zugeordnet wären oder sich die Bedeutung dieser Aufgaben und Befugnisse sonst wie in bestimmter Weise „skalieren“ ließe und eine solche Bewertung im Übrigen auch für das Element der Ingerenz möglich wäre.[820] Da dies wie gesagt aber nicht Fall ist (und - so weit ich sehe - in dieser speziellen Form auch noch von niemandem behauptet wurde[821]), ist mE schon von vornherein einer auf quasi „mathematische Exaktheit“ angelegten Begründung für absolute Grenzen funktioneller Privatisierungen (die darüber hinaus aber bloß eine Teilmenge aller vorgefundenen „Beteiligungen nichtstaatlicher Rechtsträger an der staatlichen

[819] Vgl nur *Korinek*, VVDStRL 39, 29 f.
[820] Ebenso *Stelzer*, Wesensgehaltsargument 217 ff, insb 221 ff, im Zusammenhang mit der Bewertung von Grundrechtseingriffen.
[821] Vgl allerdings *Grabenwarter*, Ladenschluss 267, der tatsächlich bei Grundrechtseingriffen die Schwere des jeweiligen Eingriffs und das Gewicht der den Eingriff rechtfertigenden Gründe durch die graphische Bildung mehrerer - unterschiedlich langer (!) und in unterschiedliche Richtungen weisende - Vektoren gegeneinander abwägen will; siehe dazu auch die darauf Bezug nehmende Kritik bei *Stelzer*, Wesensgehaltsargument 224 ff.

Verwaltung“ darstellen[822] und damit eine Art „Rückrechnung“ noch einmal verkomplizieren) die Basis weitgehend entzogen.

Von der ebengenannten Schwierigkeit einer exakten „Rahmenbildung“ abgesehen ist aber auch zu bedenken, dass sich die gesellschaftlichen und politischen Ansichten über Art und Bedeutung je bestimmter Tätigkeiten im Laufe der Zeit verändern können und sich zum Teil auch tatsächlich in rechtserheblicher Weise verändert haben (siehe dazu schon oben unter Punkt 2.1.6 zu den öffentlichen Aufgaben).[823] Als wohl wichtigstes „Medium“ solch veränderter Werthaltungen sei an dieser Stelle nur einmal der Bereich der Grundrechte genannt, wobei dieser Wandel vor allem durch die verfassungsrechtliche Verankerung der EMRK sowie der dynamischen und evolutiven Auslegungspraxis der Strassburger Organe bedingt war.[824] Ein solcher Wandel hat dann zur Konsequenz, dass der (wenn auch nur durch mehr oder weniger vage Bewertungen gebildete) Rahmen aus historisch vorgefundener Quantität und Qualität im oben dargestellten Sinn zur heutigen Beurteilung funktioneller Privatisierungen an die mittlerweile veränderten rechtlichen Werthaltungen angepasst zu verstehen wäre.[825] Ganz konkret bedeutet dies, dass zur stringenten Umsetzung des hier angedachten - allerdings sehr theoretischen - Ansatzes jede historisch vorgefundene funktionelle Privatisierung und Ausgliederung dahingehend zu überprüfen wäre, welche rechtliche Bedeutung den davon betroffenen staatlichen Kompetenzen um das Jahr 1920 zukam und ob diese vorgefundene rechtliche Bedeutung auch noch zum jeweiligen Beurteilungszeitpunkt zutrifft. Davon abhängig könnte sich dann theoretisch ergeben, dass eine früher nicht als besonders wichtig beachtete Kompetenz heute - und zwar auch nach rechtlichen Gesichtspunkten - als wesentlich bedeutungsvoller angesehen wird (wobei natürlich auch die umgekehrte Konstellation theoretisch denkbar ist).[826] Der historisch vorgefundene (jedoch wie gesagt: ohnehin relativ vage) Rahmen müsste dann als Maßstab für heutige Verhältnisse insgesamt neu definiert werden. Alles in allem mE

[822] Siehe dazu VfSlg 3685/1960 sowie Punkt 2.5.4.
[823] Vgl dazu *Schambeck*, Interpretation 87, der ebenfalls die Ansicht vertritt, dass dann, wenn es um Grundrechte und den mit diesen verbundenen Wertaussagen geht, die Versteinerungsmethode den sich dabei stellenden Fragen nicht gerecht wird. Wie oben gezeigt wurde, sind es dann auch gerade die Grundrechte, die für den Inhalt des qualitativen Elements von Bedeutung sind.
[824] Siehe dazu auch schon oben Punkt 1.3.
[825] Vgl zB *Pernthaler*, Verfassungskern 8 f, 12 ff, 17 ff; *Kneihs*, Befehl 175 f.
[826] Vgl zB *Schambeck*, Verfassungsgerichtsbarkeit 198 ff mit zahlreichen wN.

ein mehr als abstraktes Vorgehen, dessen Ergebnis die angestrebte intersubjektive Nachvollziehbarkeit und Akzeptanz wohl nur schwer erreichen wird können.[827]

Neben der mE ohnehin schon unvermeidlichen Vagheit einer „Summen-„ oder „Rahmenbildung“ sowie einem allfälligen auch rechtlich nachvollziehbaren und insoweit zu beachtenden Wertewandel ist bei einem „historischen Rahmenansatz“ mE aber auch noch entsprechend zu berücksichtigen, ob es konkrete Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1920 die von ihm vorgefundenen Beteiligungen nichtstaatlicher Rechtsträger an der staatlichen Verwaltung tatsächlich als einen solchen Rahmen verstanden hat, der fixe Grenzen für derartige Sonderformen der Verwaltung angeben soll.[828] Solche Ansatzpunkte lassen sich mE aber nicht finden. Genau genommen spricht eigentlich gerade umgekehrt vielmehr dafür, dass der historisch erste Verfassungsgesetzgeber wohl gar nicht bewusst an die hier gegenständliche Problematik (nämlich der nur schwächeren demokratischen Legitimation der von bloß funktionell-staatlichen Organen wahrgenommenen Verwaltung) gedacht hat.[829] So stand neben dem nicht nur politisch und wirtschaftlich, sondern auch und vor allem verfassungsdogmatisch zu bewältigenden grundsätzlichen Problem des Übergangs von der Monarchie zur Republik insb der - vor allem völkerrechtlich problematische - Wunsch im Vordergrund, möglichst bald die Vereinigung mit Deutschland unter Dach und Fach zu bringen.[830] Die demokratisch-republikanische Verfassung (und damit die Existenz der Republik Österreich überhaupt) war also in gewisser Weise schon von Anfang an nicht als dauerhaftes Projekt, sondern

[827] Daher mE zurecht kritisch *Kneihs*, Befehl 172, der es grundsätzlich ablehnt, historisch vorgefundene Phänomene als absolute Grenzen unter aktuellen Verhältnissen zu begreifen.
[828] Vgl dazu zB *Kneihs*, Befehl 172 ff.
[829] So auch *Funk*, Jagdaufsichtsorgane 461, im Zusammenhang mit dem Problem der Weisungsbindung; bemerkenswert auch die Feststellung von *Schäffer*, Erfüllung 61, dass es selbst noch im Jahre 1973 an einer näheren wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Phänomen der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private mangelte.
[830] So ausdrücklich *Kelsen*, Staatsrecht 238, der ja - wie schon oben in Punkt 1.3 erwähnt - bekanntlich starken Einfluss auf die Entwicklung der Verfassung von 1920 hatte; die (langfristige) Absicht einer „großdeutschen Lösung“ tritt auch unübersehbar in den Bezeichnungen des jungen österreichischen Staats als „Deutschösterreich“ in den Verfassungsprovisorien ab 1918, insb aber in Art 2 des Gesetzes vom 12.11.1918, StGBl Nr 5, über die Staats- und Regierungsform zutage, in der Deutschösterreich ausdrücklich als Bestandteil des Deutschen Reichs bezeichnet wurde; erst durch den Staatsvertrag von St. Germain wurde diesen Tendenzen vorerst ein Ende gesetzt und in Umsetzung dieses Vertrages die Bezeichnung „Deutschösterreich“ auf „Republik Österreich“ geändert; siehe dazu *Kelsen*, Staatsrecht 96 f, 146 f.

eben nur als Zwischenlösung gedacht.[831] In dieser (sowohl welt- als auch regionalpolitisch) turbulenten Ära fand die Thematik funktioneller Privatisierungen bzw ihr Verhältnis zu den Grundsätzen der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit offensichtlich keine aktuelle Beachtung.[832] So findet sich nicht nur im B-VG 1920, sondern auch im VÜG[833] 1920 an keiner Stelle ein Hinweis, aus dem die bewusste Berücksichtigung einer bloß funktionell-staatlichen Aufgabenerfüllung durch Private hervorgehen würde; selbiges gilt im Übrigen auch für die auffindbaren Materialien sowie die zeitgenössisch-rechtswissenschaftliche Literatur, die sich mit dem damals neu geschaffenen B-VG auseinandersetzte.[834] Erst im Zusammenhang mit der B-VGNov 1929 (konkret: Art II § 5 Abs 1 VÜG 1929[835]) findet sich ein unmissverständlicher dogmatischer Nachweis dafür, dass der historische Verfassungsgesetzgeber das Phänomen der Beteiligung privater Rechtsträger an der staatlichen Verwaltung tatsächlich erkannt hat. Dies nämlich insofern, als er anordnet, dass bestimmtes, zwar nicht unmittelbar staatliches, jedoch sehr wohl mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattetes, Wach- und Aufsichtspersonal keine Wachkörper im Sinne einschlägiger verfassungsgesetzlicher Bestimmungen darstellt (siehe dazu schon oben Punkt 7.3.1.3 sowie noch einmal unten Punkt 9.3.2). Jedoch ist mit der hM davon auszugehen, dass im Zusammenhang mit dem allgemeinen - und wohl auch 1929 noch nicht erkannten[836]

---

[831] *Öhlinger*, Demokratie 218 f; *Schambeck*, Verfassung 258 f.

[832] Siehe auch *Merkl*, Verwaltungsrecht V ff, demzufolge die rechtsstaatliche Durchdringung der Staatsfunktion Verwaltung am Übergang von der Monarchie zur Republik erst im Entstehen begriffen war; erst *Kelsen* habe mit seiner „Reinen Rechtslehre“ und seiner Auffassung vom Staat als System von Rechtsfunktionen die Voraussetzung für eine solche Durchdringung geschaffen; insofern seien manche Probleme erst zu erkennen und in der Rechtsstaatlichkeit zu verorten gewesen; darunter dürften dann wohl auch die mit der Beteiligung Privater an der Erfüllung von staatlichen Verwaltungsaufgaben verbundenen Probleme fallen; auch *Herrnritt*, Grundlehren IV f, betont im Zusammenhang mit den damals epochalen Veränderungen die allgemeine Neuorientierung nicht zuletzt auch im Bereich des Verwaltungsorganisationsrechts; siehe im Übrigen auch Punkt 9.3.2.2.

[833] „Verfassungsgesetz vom 1. Oktober 1920, betreffend den Übergang zur bundesstaatlichen Verfassung“, BGBl 1920/2; siehe insb §§ 7 ff hinsichtlich der Staatsorganisation, die mit keinem Wort auf die vorgefundenen privaten Hilfsorgane (siehe dazu Punkt 9.3.2) eingehen.

[834] So zB die Werke von *Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht – Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt (1923); *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922); *Merkl*, Demokratie und Verwaltung (1923); aber auch in *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927), findet sich keine solcher Hinweis, obwohl sich hier der genannte Autor eingehend mit den diversen Organisationsformen der staatlichen Verwaltung auseinandersetzt; *Herrnritt*, Grundlehren 183 ff, dagegen erwähnt zwar die vorgefundene Beteiligung Privater, allerdings nur ganz beiläufig und ohne jede verfassungsrechtliche Bezugnahme.

[835] Bundesverfassungsgesetz vom 07. Dezember 1929, betreffend Übergangsbestimmungen zur zweiten Bundes-Verfassungsnovelle, BGBl 1929/393; diese Bestimmung findet sich im Wesentlichen inhaltsgleich im heutigen Art 78d B-VG wieder.

[836] *Funk*, Jagdaufsichtsorgane 461; siehe dazu auch noch einmal Punkt 9.3.2.2.

- Problem der bloß abgeschwächten demokratischen Legitimation funktionell-staatlicher Organe nicht nur genau diese einzelnen vorgefundenen Fälle funktioneller Privatisierungen akzeptiert werden sollten, sondern dass aus heutiger Sicht über diese vorgefundenen Fälle hinaus auch weitere Einbindungen privater Rechtsträger in die staatliche Verwaltung grundsätzlich zulässig sind.[837] Letztlich passt dies auch in gewisser Weise zum rechtspositivistisch angelegten Charakter des B-VG 1920 als „bloßer" Rechtserzeugungsregel, die als solche ja keine Wertaussagen enthalten und damit für Veränderungen offen bleiben bzw keine über das Unvermeidliche hinausgehenden Aussagen zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft enthalten sollte.[838]

Vor diesem Hintergrund bin ich daher der Meinung, dass man nicht davon sprechen kann, dass die historisch vorgefundenen „Beteiligungen nichtstaatlicher Rechtsträger an der Erfüllung staatlicher Verwaltungsaufgaben" einen fixen Rahmen vorgeben würden, über den der einfache Gesetzgeber keinesfalls hinausgehen dürfte. Damit relativeren sich dann aber auch in einem gewissen Maß die oben angestellten Überlegungen zur Problematik einer mE stets nur vage bleibenden Bildung eines derartigen Rahmens sowie zur Notwendigkeit, eine Art „Rückrechnung" jeder einzelnen vorgefundenen funktionellen Privatisierung und Ausgliederung und deren „Neubewertung" im Angesicht etwaig veränderter aktueller Werthaltung vornehmen zu müssen (wiewohl sich allerdings letzterer Aspekt der „Neubewertung" im Zusammenhang mit der Betrachtung jeweils einzelner funktioneller Privatisierungen unter Umständen etwas anderes darstellen kann; siehe dazu sogleich unten in Punkt 9.3).

Insgesamt betrachtet bin ich schließlich der Ansicht, dass sich durch einen Blick auf das historisch Vorgefundene wohl keine präzise Antwort auf die Frage nach der genauen „Lage" der - mE allerdings jedenfalls irgendwo bestehenden - absoluten Grenze für das Phänomen der „nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligung" als Gesamtheit in Bezug auf die mit diesem Phänomen unvermeidlich verbundene Abschwächung der demokratischen Legitimation der staatlichen Verwaltung finden lässt. Andererseits wird man bei einem -

[837] Siehe zB *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4 Rz 46.039 ff; *Koja*, Erfüllung 458 ff mwN; *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 86 ff mwN; VfSlg 1455/1932; VfSlg 3685/1960; VfSlg 14.473/1996; vgl dazu auch allgemein *Kneihs*, Befehl 172 f.
[838] *Öhlinger*, Demokratie 218 f; vgl auch *Schambeck*, Verfassung 259, 261.

hier aber nicht weiter zu verfolgenden - Versuch, diese Grenze näher zu bestimmen, einer solchen historischen Bezugnahme auch nicht jede Verwertbarkeit absprechen können[839] (dies nicht zuletzt auch schon deshalb, da hierzu - soweit ersichtlich - die wissenschaftliche Auseinandersetzung bislang noch keine besseren Argumente hervorgebracht hat).

9.2.3 Allgemeines Ergebnis

Weitere Ansätze, die verfassungsrechtlich bedingte absolute Grenze für die Erscheinung „nichtstaatlicher Erfüllungsbeteiligungen" aus der Perspektive der stets erforderlichen demokratischen Legitimation rechtswissenschaftlich näher zu konkretisieren, konnte ich weder in der einschlägigen Literatur noch in der Rechtsprechung entdecken. Wie ich bereits unter Hinweis auf die relative Unbestimmtheit der thematisch einschlägigen verfassungsrechtlichen Bestimmungen (insb die Art 20 Abs 1 iVm Art 77 Abs 1 B-VG) versuchte habe zu zeigen, ist es mE ohne entsprechende Änderung oder Ergänzung dieser Verfassungsbestimmungen auch nicht möglich, im Sinne einer wissenschaftlich erschlossenen Rechtserkenntnis eine „exakte" Konkretisierung tatsächlich leisten zu können. Daher ist mE mit dem Aufzeigen der Tatsache, dass es jedenfalls irgendwo eine Grenze geben muss, ab der die (weitere) Abschwächung der demokratischen Legitimation der staatlichen Verwaltung nicht mehr zulässig ist, zugleich auch die Grenze dessen erreicht, was durch die Anwendung rechtswissenschaftlicher Methoden an eindeutigen Erkenntnissen aus den derzeit zur Interpretation zur Verfügung stehenden positiv-rechtlichen Bestimmungen gewonnen werden kann.

Dagegen erfordert das konkrete Urteil, dass die absolute Grenze tatsächlich erreicht ist, mE in unablässiger Weise die Setzung eines Willensaktes iSd Auswahl einer unter mehreren denkbaren Möglichkeiten, die eben aufgrund der thematischen Unbestimmtheit der einschlägigen Verfassungsbestimmungen nicht eindeutig als richtig oder falsch identifiziert werden können. Diesem Willensakt schließlich haftet (ganz im Sinne *Kelsens*) - wiederum aufgrund der schon mehrfach erwähnten Unbestimmtheit

[839] Vgl dazu *Kneihs*, Befehl 173, zum ähnlichen Problem der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit genuin privater Befehls- und Zwangsbefugnisse.

der verfassungsrechtlichen Bestimmungen - eine nicht unwesentliche politische Komponente an. Obwohl natürlich politische Akte in aller erster Linie durch den Gesetzgeber in geltendes Recht umzusetzen sind, so obliegt es in dieser besonderen Konstellation jedoch letztlich dem VfGH, diesen Willensakt vorzunehmen und ihn - wenn auch formal gesehen nur jeweils für den konkreten Einzelfall - mit rechtlicher Verbindlichkeit auszustatten. Dies deshalb, da sich ja der VfGH bekanntlich im Falle einer Überprüfung einer durch den einfachen Gesetzgeber vorgenommenen Maßnahme nicht einfach unter Berufung auf die Unbestimmtheit der anzuwendenden Verfassungsbestimmungen einer Entscheidung iSe „non liquet" enthalten kann. Eben aufgrund dieser „Zwangslage" - nämlich die in Frage stehende(n) einfachgesetzliche(n) Bestimmung(en) wegen Verfassungswidrigkeit aufzuheben oder nicht - kann daher mE dem VfGH (zumindest in diesem Fall) nicht der Vorwurf eines unzulässigen „judicial activism" macht werden.[840] Aber gerade aufgrund dieser seiner Entscheidungspflicht und der damit unweigerlich verbundenen politischen Komponente (und zwar nicht nur in diesem, sondern auch in allen anderen Fällen unbestimmter dogmatischer Entscheidungsgrundlagen) wird der VfGH mE gut daran tun, seine diesbezüglich gefällte Entscheidung sorgfältig und möglichst nachvollziehbar argumentativ zu begründen,[841] um so dem etwaigen Vorwurf justiziell geübter Willkür soweit wie möglich die Grundlage zu entziehen und damit letztlich seiner Entscheidung die größtmögliche Nachvollziehbarkeit und Akzeptanz zu sichern.[842]

Zwei mögliche Ansätze zu einer solchen argumentativen Begründung wurden oben aufgezeigt. Wie schon erwähnt wurde, können im Rahmen der vorliegenden Arbeit jedoch vertiefende Forschungen zu dieser - alle denkbaren Einbindungen nichtstaatlicher Rechtsträger in welchen Bereich der staatlichen Verwaltung auch immer betreffenden - Frage nicht geleistet werden. Hier war lediglich beabsichtigt, die verfassungsrechtliche Problematik einer absoluten Grenze für das Phänomen der

[840] Diesbezügliche Kritik ist daher in diesem Fall nicht an den zur Entscheidung verpflichteten VfGH, sondern vielmehr an den Verfassungsgesetzgeber zu richten, der für eine entsprechend klare Rechtslage zu sorgen hätte, so zB *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 134; *Korinek*, VVDStRL 39, 49 f; vgl auch *Hiesel*, Verfassung 3; *Hiesel*, Verfassungskonkretisierung 307 f; *Schambeck*, Verfassungsgerichtsbarkeit 196 f mwN; *Rill*, Grenzen 753.
[841] So zB *Hiesel*, Verfassungskonkretisierung 307 f; vgl im Übrigen auch *Stelzer*, Wesensgehaltsargument 24 ff.
[842] Vgl zB die Kritik bei *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 134.

„Beteiligung nichtstaatlicher Rechtsträger an der staatlichen Verwaltung“ allgemein darzustellen sowie die damit verbundene Beschränktheit der Möglichkeit zur rechtswissenschaftlicher Erkenntnis entsprechend herauszuarbeiten.

In gegebenem Zusammenhang soll der Vollständigkeit halber schließlich noch festgehalten werden, dass das in diesem Punkt bislang behandelte Problem der Feststellung, ob nun durch alle zu einem bestimmten Beurteilungszeitpunkt bereits verwirklichten funktionell-staatlichen Erfüllungsbeteiligungen die demokratische Legitimation der gesamten staatlichen Verwaltung bereits in einem unzulässigen Maße abgeschwächt wurde, in ganz ähnlicher Weise schon bei einer allfällig vorzunehmenden Abwägung im Rahmen einer „Bereichsabgrenzung“ iSd Punktes 6.1.1 auftritt. Wie an der angegebenen Stelle allerdings schon vermerkt wurde, kann sich das Problem einer durchzuführenden „Bereichsabgrenzung“ bzw „Bereichsabwägung“ aber nur dann stellen, wenn derartiges verfassungsrechtlich entsprechend deutlich angeordnet wurde. Da sich nun zum Einen dieses Problem im Rahmen des vorliegenden Untersuchungsgegenstandes der allgemeinen Sicherheitspolizei mE nicht stellt (siehe Punkt 7.3.3) und zum Anderen aus einer allgemeinen Behandlung dieser Problematik mE keine weiteren gewinnbringenden Erkenntnisse zu erwarten sind,[843] wird hier auf weitere Erörterungen zu dieser Thematik verzichtet.

[843] Wenn sich in Bezug zu einem bestimmten staatlichen Betätigungsbereich die verfassungsrechtliche Notwendigkeit ergeben sollte, dass schon in einem bestimmten abgegrenzten Bereich eine Abwägung dahingehend vorzunehmen ist, ob die demokratische Legitimation der staatlichen Verwaltung (vorerst) nur in diesem abgegrenzten Bereich bereits in unzulässiger Weise herabgesetzt wurde (vgl nur VfSlg 14.473/1996 hinsichtlich des Bereichs der „Zivilluftfahrt“, wobei allerdings in diesem Zusammenhang keine verfassungsrechtliche Notwendigkeit im hier gemeinten Sinn zu erkennen ist), so müsste mE dieser Fall speziell untersucht werden; allgemeine Erwägungen können dagegen schon von vornherein nicht über das schon im Haupttext Gesagte hinausgehen, da das theoretische Problem der Abwägung mE ja im Grunde dasselbe ist.

9.3 Zur Beurteilung einzelner funktioneller Privatisierungen

9.3.1 Allgemeine Bemerkungen

Im Gegensatz zu obigem Punkt 9.2, bei dem es um die verfassungsrechtliche Beurteilung des Phänomens der „nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligung“ (und damit auch der Erscheinung der „funktionellen Privatisierungen“) in Bezug auf die demokratische Legitimation der staatlichen Verwaltung als Gesamtheit ging, geht es nunmehr um die verfassungsrechtliche Beurteilung der jeweils einzelnen funktionellen Privatisierung in Bezug auf die jeweils einzeln hergestellte demokratische Legitimation. ME sind diese beiden Problemkreise in einer verfassungsrechtlichen Analyse stets auseinander zu halten, da sie zwar von der gemeinsamen Klammer der notwendigen demokratischen Legitimation allen staatlichen Verwaltungshandelns erfasst werden, jedoch an das Thema des bloß funktionell-staatlichen Handelns verschiedene Prüfungsmaßstäbe anlegen (nämlich einmal im „Großen“ in Bezug auf das Phänomen als solches und einmal im „Kleinen“ in Bezug auf die jeweils einzelne Maßnahme, wobei an dieser Stelle vom „Zwischenschritt“ einer „Bereichsabwägung“ abgesehen werden soll). Dennoch scheint es so zu sein, dass diese beiden Fragen mitunter vermischt bzw nicht klar genug auseinander gehalten werden.[844]

Wenn es also nun um die Frage geht, welches Mindestmaß an demokratischer Legitimation bei der einzelnen funktionellen Privatisierung konkret herzustellen ist bzw ob dieses notwendige Minimum durch entsprechende Ingerenzbefugnisse tatsächlich hergestellt wurde, so ist mE der Blick zunächst einmal auf den durch BGBl I Nr 2008/2 neu formulierten Art 20 Abs 2 B-VG zu richten. Diese Bestimmung erlaubt es nunmehr ausdrücklich, dass bestimmte Verwaltungsorgane auch durch einfaches Gesetz weisungsfrei gestellt werden. Der letzte Satz des Art 20 Abs 2 B-VG ordnet in diesem

[844] So zB eben die „Grundsatzentscheidung“ VfSlg 14.473/1996, wenn der VfGH bei der Beurteilung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer einzelnen funktionellen Privatisierung eine relationale quantitative Bezugsgröße heranzieht und damit - ob bewusst oder unbewusst kann mangels näherer Begründung nicht gesagt werden - quasi „in einem Aufwaschen“ sowohl das Vorliegen ausreichender demokratischer Legitimation in konkreten Einzelfall als auch die Verträglichkeit mit dem Gesamtsystem der staatlichen Verwaltung prüfen will; siehe dazu auch die Kritik oben in Punkt 9.1 sowie noch einmal um einen Schritt differenzierter am Ende des Punktes 11.2.

Zusammenhang nun an, dass im Falle einer solchen Weisungsfreistellung ein der betroffenen Aufgabe angemessenes Aufsichtsrecht zugunsten des jeweiligen obersten Organs vorzusehen ist. Dieses Aufsichtsrecht hat jedenfalls die Möglichkeit zu umfassen, dass sich das oberste Organ über alle Gegenstände der Geschäftsführung des weisungsfreien Organs unterrichten kann sowie weiters, dass das oberste Organ grundsätzlich[845] das weisungsfrei gestellte Organ aus wichtigem Grund von seiner Funktion abberufen kann. Insoweit wird also im Falle einer einfachgesetzlichen Weisungsfreistellung tatsächlich ein Mindestmaß an Möglichkeiten zugunsten des obersten Organs normiert, die die entsprechende Ingerenz gegenüber weisungsfreien Organen und damit deren demokratische Legitimation sicherstellen sollen. Auf den ersten Blick scheint hier eine gewisse Ähnlichkeit zu der bei funktionellen Privatisierungen zu lösenden Problematik zu bestehen,[846] so dass man vermeinen könnte, die in Art 20 Abs 2 B-VG aufgestellten Minimalerfordernisse würden auch die absolut einzuhaltende Untergrenze im Falle der Besorgung hoheitlicher Aufgaben durch Private bilden. Hierbei darf allerdings mE nicht übersehen werden, dass die in Art 20 Abs 2 B-VG aufgestellten Minimalbefugnisse für jene Fälle gelten, in denen unmittelbar staatliche Organe weisungsfrei gestellt werden.[847] Hinsichtlich dieser Organe besteht die Leitungsbefugnis nach Art 20 Abs 1 B-VG aber immer noch im Sinne der Personal- und Finanzhoheit sowie der grundsätzlichen Organisationsgewalt. Das einzige Element, das fehlt, um in Bezug auf diese Organe von einer „umfassenden" Leitungsbefugnis sprechen zu können, ist somit jenes der Weisungsbefugnis. Damit besteht mE aber wiederum der schon oben in Punkt 6.2.2 herausgearbeitete Unterschied zu jenen Fällen, in denen bloß funktionelle Organe zur Verwaltungsführung herangezogen werden,[848] da diese ja definitionsgemäß gänzlich außerhalb des unmittelbar staatlichen Organkomplexes und der damit verbundenen Leitungsmöglichkeiten des obersten Organs stehen. Dieser Unterschied hat dann mE

[845] Die Ausnahmen der Art 20 Abs 2 Z 2, 3, 5a und 8 B-VG beruhen jeweils auf dem besonderen Sachbezug bzw dem Bedürfnis nach besonderer Absicherung; am Grundsatz, dass gegenüber einfachgesetzlich weisungsfrei gestellten Verwaltungsbehörden auch ein Abberufungsrecht vorzusehen ist, ändert sich dadurch aber nichts; siehe zB *Fischerlehner*, Verwaltungsbehörden 420 ff.

[846] So insb *Öhlinger*, B-VGNovelle 2008, 89, demzufolge in der Entstehungsgeschichte der Novelle der Zusammenhang von Weisungsfreiheit und Ausgliederung bzw Beleihung durchaus gesehen wurde; vgl weiters *Funk*, Verwaltungsakt 119 f; *Matzka*, Organisationsformen 687; *Müller B.*, Regulation 214 f, 221.

[847] Vgl *Damjanovic*, Behörden 222.

[848] Wobei nach Ansicht von *Öhlinger*, B-VGNovelle 2008,89, funktionelle Organe grundsätzlich auch in dem von Art 20 Abs 2 B-VG genannten weisungsfreien Zonen eingesetzt werden können; siehe dazu auch *Damjanovic*, Behörden 225 ff.

schon ganz allgemein betrachtet die notwendige Konsequenz, dass gegenüber diesen funktionell-staatlichen Organen entsprechend intensivere und weitergehende Ingerenzbefugnisse vorgesehen werden müssen, als dies in Art 20 Abs 2 B-VG gegenüber den - trotz fehlender Weisungsbefugnis des obersten Organs nach wie vor - unmittelbar staatlichen Organen der Fall ist. Weiters darf in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden, dass für die in Art 20 Abs 2 B-VG aufgezählten Fälle ganz bewusst die Durchbrechung des allgemeinen Grundsatzes der Weisungsbindung iSd Art 20 Abs 1 B-VG vorgesehen ist[849] und dass der damit verbundenen Herabsetzung der parlamentarischen Verantwortlichkeit des obersten Organs durch den zeitgleich mit Art 20 Abs 2 B-VG eingefügten Art 52 Abs 1a B-VG begegnet wird,[850] während dies natürlich für funktionelle Privatisierungen im Bereich der weisungsgebundenen Verwaltung gerade nicht der Fall ist; dort geht es ja aus verfassungsrechtlicher Sicht in der Hauptsache darum, dass allen sich aus der umfassenden Leitungsbefugnis iSd Art 20 Abs 1 B-VG ergebenden Anforderungen - und damit eben auch und insb der Weisungsbefugnis[851] des obersten Organs - durch entsprechende Ingerenzbefugnisse zugunsten des zuständigen obersten Organs nach Möglichkeit genüge getan werden soll. Insgesamt gesehen wird man daher mE annehmen müssen, dass im Falle funktioneller Privatisierungen, die den Vorgaben des Art 20 Abs 1 B-VG unterliegen, deutlich intensivere Ingerenzbefugnisse zugunsten des obersten Organe einfachgesetzlich vorzusehen sind, als dies der Verfassungsgesetzgeber in Art 20 Abs 2 letzter Satz B-VG für weisungsfrei gestellte Verwaltungsorgane normiert hat.[852] Damit bleibt allerdings nach alldem die Frage, wie die insoweit gegenüber Art 20 Abs 2 letzter Satz B-VG „erhöhten" Minimalerfordernisse bei funktionellen Privatisierungen nun genau auszusehen haben, letzten Endes noch immer unbeantwortet.

[849] So *Fischerlehner*, Verwaltungsbehörden 420, und *Öhlinger*, B-VGNovelle 2008, 86, die ausdrücklich von einer „Modifizierung" des demokratischen Verwaltungsorganisationskonzepts sprechen.
[850] Nach Art 52 Abs 1a B-VG können die zuständigen Ausschüsse des Nationalrats und des Bundesrats die Anwesenheit der Leiter von nach Art 20 Abs 2 B-VG weisungsfrei gestellten Organen in den Sitzungen verlangen und zu allen Gegenständen der Geschäftsführung befragen; siehe auch die RV 314 BlgNR 23. GP, 7 ff.
[851] So insb VfSlg 14.473/1996; VfSlg 16.400/2001.
[852] In diesem Sinn wohl auch *Öhlinger*, B-VGNovelle 2008, 90, wenn er meint, dass aus dem neuen Art 20 Abs 2 B-VG nichts über die Frage der Zulässigkeit bzw die Grenzen von Ausgliederungen und Beleihungen abgeleitet werden kann.

Neben der weisungsfreien Verwaltung iSd Art 20 Abs 2 B-VG ist in gegebenem Zusammenhang schließlich auch noch die - ebenfalls in der Verfassung ausdrücklich vorgesehene und von den Vorgaben des Art 20 Abs 1 B-VG abweichende - Selbstverwaltung gemäß den Art 115 ff B-VG und Art 120a ff B-VG über die territoriale und „sonstige" Selbstverwaltung zu beleuchten. Wesentliches Merkmal dieser Selbstverwaltung ist es nun bekanntlich, dass den jeweiligen Selbstverwaltungskörpern ein eigener Wirkungsbereich zukommt, der in eigener Verantwortung frei von Weisung erfüllt werden kann. Als Ausgleich für diese Durchbrechung des hierarchisch-autokratischen Modells des Art 20 Abs 1 B-VG ist allerdings ein (je nach kompetenzrechtlicher Zugehörigkeit der Angelegenheiten) dem Bund oder dem jeweiligen Land zukommendes Aufsichtsrecht vorgesehen.[853] Man könnte nun fragen, ob vor diesem Hintergrund zur Gewährleistung entsprechender demokratischer Legitimation nicht auch gegenüber funktionellen Organen ein bloßes Aufsichtsrecht als ausreichend angesehen werden kann. Hierzu ist aber sogleich zu bemerken, dass bei der Beteiligung funktioneller Organe an der staatlichen Verwaltung (sowie natürlich auch im Speziellen in Bezug auf die allgemeine Sicherheitspolizei iSd SPG[854]) eben gerade kein Fall der Selbstverwaltung vorliegt und daher schon aus diesem Grund ein bloßes Aufsichtsrecht nicht genügen kann.[855] Was daher nunmehr zu tun verbleibt, ist, den Blick auf jene Fälle zu richten, in denen Organe eines Selbstverwaltungskörpers zur Erfüllung von Aufgaben der staatlichen Verwaltung herangezogen werden, womit die Erfüllung von Aufgaben der Rechtsträger Bund und Länder gemeint ist[856] (die Organe der Selbstverwaltungskörper werden in diesen Fällen also funktionell als Organe eben dieser Rechtsträger tätig, womit man bekanntlich auch vom sogenannten „übertragenen Wirkungsbereich" der Selbstverwaltungskörper

[853] Art 118 Abs 4 B-VG iVm Art 119a B-VG; Art 120b Abs 1 B-VG.
[854] Siehe nur die Abgrenzung zur örtlichen Sicherheitspolizei in Art 15 Abs 2 B-VG iVm Art 118 Abs 3 Z 3 B-VG sowie die nächste FN.
[855] Damit eine Angelegenheit in Form der Selbstverwaltung erledigt werden kann, ist insb erforderlich, dass sie im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der jeweiligen Gemeinschaft gelegen und geeignet sind, durch diese Gemeinschaft besorgt zu werden; siehe allgemein die Art 118 Abs 2 B-VG und Art 120a Abs 1 B-VG.
[856] Siehe dazu die Art 119 B-VG und Art 120b Abs 2 B-VG; diesbezüglich liegen also Fälle mittelbarer Bundesverwaltung oder mittelbarer Landesverwaltung vor; da es sich hier also weiterhin um Aufgaben des Bundes oder der Länder handelt und daher nicht die Aufgaben an sich übertragen werden, sondern nur deren Erfüllung, halte ich die Formulierung des Art 120b Abs 2 B-VG nicht für besonders glücklich gewählt („Den Selbstverwaltungskörpern können Aufgaben der staatlichen Verwaltung übertragen werden."); siehe dazu im Übrigen auch oben Punkt 2.3.5.

spricht). Hier sieht die Bundesverfassung jedoch sehr wohl eine strikte Weisungsbindung entlang der Verwaltungshierarchien bis hinauf zum jeweils obersten Organ (also Bundesminister oder Landesregierung) vor, wobei diese Kette an Weisungsbindungen für den Bereich der territorialen Selbstverwaltung schon unmittelbar aufgrund der Verfassung besteht und für den Bereich der sonstigen Selbstverwaltung erst auf Ebene der einfachen Gesetzgebung herzustellen ist.[857] Insofern findet also Art 20 Abs 1 B-VG - in Beachtung seiner mancherorts postulierten Vorbildwirkung[858] - auch im Bereich des übertragenen Wirkungsbereichs der Selbstverwaltung gewisser Maßen seine konsequente „Anwendung" bzw seine „Umsetzung". Wenn man in diesem Zusammenhang nun weiters bedenkt, dass hinsichtlich des personellen Elements der demokratischen Legitimation die Organe der Selbstverwaltungskörper aufgrund verfassungsrechtlicher Anordnung nach (direkt) demokratischen Grundsätzen aus dem Kreis ihrer Mitglieder zu bilden sind,[859] so kann am Ende der Überlegungen wieder nur das Ergebnis stehen, dass bei einem Vergleich dazu im Falle der Beteiligung privater Rechtsträger an der staatlichen Verwaltung eine bloße Weisungsbindung nicht ausreichen kann.[860] Vielmehr werden daher auch entsprechende Vorkehrungen zur Gewährleistung ausreichender personeller demokratischer Legitimation vorzunehmen sein, was vor allem entsprechende Möglichkeiten im Bereich der Personalauswahl und der Sicherstellung von dessen Qualifikation zur ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung bedeutet.[861] Allerdings lässt sich letzten Endes wiederum nicht exakt feststellen, welche Maßnahmen dies genau zu sein haben bzw mit welchen konkreten Maßnahmen das stets im Verein mit inhaltlich-sachlichen Einfluss- und Gestaltungsmöglichkeiten zu sehende (Mindest-) Maß an demokratischer Legitimation erreicht werden kann.

Die Suche nach Anhaltspunkten zur näheren Bestimmung der jedenfalls notwendigen Ingerenzbefugnisse wird daher also auch im Zusammenhang mit der Beurteilung jeweils einzelner funktioneller Privatisierungen letztlich wieder zu einem Blick zurück

[857] Art 119 Abs 2 und 3 B-VG und Art 120b Abs 2 B-VG.
[858] Siehe dazu am Ende des Punktes 9.2.1.
[859] Detailliert Art 117 B-VG für die Gemeindeorgane; vergleichsweise rudimentär dagegen Art 120c Abs 1 B-VG für die sonstige Selbstverwaltung.
[860] Vgl auch *Potacs*, Devisenbewirtschaftung 108.
[861] Vgl *Lachmayer*, Polizeihandeln 419 ff, zum Beispiel der Beteiligung ausländischer Polizeiangehöriger an der Ausübung österreichischer Polizeibefugnisse.

auf die im Jahre 1920 vorgefundenen Ingerenzmöglichkeiten unmittelbar staatlicher Organe auf die in den einzelnen Fällen herangezogenen nichtstaatlichen Rechtsträger führen müssen. In Erfüllung dieses „retrospektiv angelegten" Erfordernisses werden unter Beachtung des konkreten Untersuchungsgegenstandes insb die historisch vorgefundenen Fälle der Einbindung privater Rechtsträger in die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsbefugnisse iSd heutigen Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG näher zu betrachten sein. Dies stellt ja - wie schon mehrfach betont wurde - das geradezu typische Polizeihandeln dar, weshalb auch im SPG ein solches Handeln in umfangreicher Weise für die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes vorgesehen ist.

9.3.2 Speziell: hoheitliche Befehls- und Zwangsbefugnisse Privater

9.3.2.1 Vorgefundene Befehls- und Zwangsbefugnisse Privater

Begibt man sich auf die Suche nach den aus der Monarchie in die Rechtsordnung der ersten Republik übernommen Fälle, in denen privaten Rechtsträgern die Befugnis zur „Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt" iSd heutigen Terminologie des B-VG übertragen war, so sind insb die in RGBl 1872/84 („Gesetz vom 16. Juni 1872, betreffend die amtliche Stellung des zum Schutze einzelner Zweige der Landescultur aufgestellten Wachpersonales") genannten Tätigkeitsbereiche der Verwaltung zu erwähnen.[862] Ausdrücklich genannt wurden in diesem Gesetz die Zweige der „Land- und Forstwirtschaft, des Bergbaus, der Jagd und Fischerei sowie andere Wasserberechtigungen". In den jeweiligen Landesgesetzen war zum Schutz der von ihnen näher geregelten Materien oftmals auch die Aufstellung eines in privaten Diensten stehenden „besonderen"[863] Wachpersonals vorgesehen (so insb im Bereich des Feld-, Forst-, Jagd- und Fischereischutzes),[864] das eben aufgrund dieses privaten

[862] Siehe dazu insb *Mayrhofer*, Handbuch 121 ff, 134 ff, 376 ff, 464 ff; vgl auch *Ulbrich*, Verwaltungsrecht 27 ff; 175, 183 ff; beiläufig allerdings nur *Herrnritt*, Grundlehren 183 ff, 242 ff, 274 f.
[863] Vgl § 1 RGBl 1872/84.
[864] Neben diesem Wachpersonal gab es aber auch noch zB die Aufsichtsorgane bei Privateisenbahnen, denen ebenfalls hoheitliche Befugnisse zukamen, siehe dazu zB *Haberer*, Eisenbahnrecht 90 f; allerdings

Anstellungsverhältnisses zu ihrem unmittelbaren Dienstgeber sowie der damit aus öffentlich-rechtlicher Sicht verbundenen besonderen Stellung[865] dem unmittelbar staatlichen Wachpersonal („öffentlichen Wachen") formal gegenüber stand. Durch § 2 des erwähnten RGBl 1872/84 erfolgte die Gleichstellung des privaten Wachpersonals mit öffentlichen Wachen,[866] und zwar (auch) insofern, was ihre öffentlich-rechtlichen Befugnisse betraf.

Hinsichtlich dieser Befugnisse waren nach § 3 f RGBl 1872/84 die privat angestellten „Wachmänner" berechtigt, in Ausübung ihres Dienstes Personen festzunehmen (die Bestimmung spricht noch von einer „Verhaftung") sowie nach § 5 f Sachen vorläufig zu beschlagnahmen bzw sicherzustellen. Die Voraussetzungen, die zur rechtmäßigen Ausübung dieser Befugnisse vorliegen mussten, sowie die an die Ausübung dieser Befugnisse anknüpfenden Pflichten des Wachpersonals und der Behörden waren den heutigen einschlägigen Bestimmungen des Verwaltungsstraf- und Strafprozessrechts nicht ganz unähnlich,[867] auch wenn sie modernen (Verhältnismäßigkeits-) Standards wohl nicht genügen würden.[868] Über diese Festnahme- und Sicherstellungsbefugnisse hinaus waren die Angehörigen des privaten Wachpersonals aber auch berechtigt, insb im Rahmen des Feldschutzes[869] und des Jagdschutzes[870] Schusswaffen zu tragen, wobei sie auch schon damals ihre Waffen im Rahmen der Ausübung ihres Dienstes nur zum Zweck der „gerechten Notwehr" gebrauchen durften.[871]

---

gingen deren Befugnisse doch deutlich weniger weit als jene des Wachpersonals der Landeskulturzweige, weshalb letztere hier bevorzugt behandelt werden (siehe dazu auch FN 866).

[865] Siehe dazu auch den nächstfolgenden Punkt 9.3.2.2.

[866] § 2 RGBl 1872/84 normiert: „ Die Wachmänner sind (…) als öffentliche Wachen anzusehen, und genießen die in den Gesetzen begründeten Rechte, welche den obrigkeitlichen Personen und Zivilwachen zukommen." Ganz ähnlich auch § 102 der Kaiserlichen Verordnung vom 16. November 1851, mit welcher eine Eisenbahnbetriebsordnung für alle Kronländer erlassen wird (Eisenbahnbetriebsordnung 1852), für die Aufsichtsorgane privater Eisenbahnen.

[867] Vgl dazu §§ 35 f VStG, §§ 110 ff, 170 StPO, um nur die wichtigsten zu nennen.

[868] So konnte ein Wachmann einen Verdächtigen auch schon deshalb festnehmen, weil er den Wachmann beschimpfte oder weil die verdächtige Person im örtlichen Zuständigkeitsbereich des Wachmanns bloß keinen festen Wohnsitz hatte.

[869] § 10 VO der Ministerien des Inneren und der Justiz vom 30. Jänner 1860, betreffend die Bestellung eines beeideten Feldschutzpersonales und das Verfahren über Feldfrevel.

[870] § 3 VO der Ministerien des Inneren und der Justiz vom 02. Jänner 1854, im Betreff der zulässigen Beeidigung des Fortschutz- und des Jagdaufsichtspersonales, für den Jagddienst.

[871] Dagegen war das Aufsichtspersonal privat errichteter und betriebener Eisenbahnen nur zur Anhaltung und alsbaldigen Übergabe von den Eisenbahnbetrieb störenden Personen an die jeweilige Polizei- oder Gerichtsbehörde berechtigt; Beschlagnahmen oder gar der Gebrauch von Waffen war ihnen jedoch nicht erlaubt, siehe dazu § 102 Eisenbahnbetriebsordnung 1852.

9.3.2.2 Zur organisatorischen Stellung und Weisungsgebundenheit

Die oben erwähnte Gleichstellung der privat angestellten Wachmänner mit öffentlichen Wachen galt allerdings gemäß § 2 RGBl 1872/84 nur dann, wenn diese Wachmänner in Ausübung ihres Dienstes nach außen tatsächlich als Wachpersonal zu erkennen waren (also Dienstkleidung oder Dienstabzeichen trugen) sowie - und dies ist im Zusammenhang mit der nun zu behandelnden Frage nach den unmittelbaren staatlichen Ingerenzbefugnissen von besonderem Interesse - gemäß § 1 RGBl 1872/84 durch die politische Bezirksbehörde in ihrem Amte bestätigt und in Eid genommen waren.[872] Behördliche Bestätigung und Beeidigung waren also zur Erlangung der öffentlich-rechtlichen Stellung konstitutiv.[873] Wurden erst nach der Beeidigung Gründe bekannt, die dieser schon von Anfang entgegengestanden wären oder traten solche Gründe erst nach erfolgter Beeidigung ein, so war diese zu widerrufen bzw waren die mit der Beeidigung verbundenen Rechte abzuerkennen.[874] Insoweit bestand also die ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit, einzelne Angehörige des Wachpersonals aus ihrer Funktion abzuberufen, wenn nach Ansicht der Behörde die vom Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Dienstversehung nicht (mehr) vorlagen. Über ein solches Abberufungsrecht hinaus gehende Ingerenzmöglichkeiten staatlicher („politischer“) Behörden (insb direkte Weisungsrechte gegenüber den Angehörigen des Wachpersonals der Landeskultur oder ihren unmittelbaren Dienstgebern, spezielle Aufsichts- oder Informationsmöglichkeiten) waren - soweit zu sehen - jedoch nicht ausdrücklich verankert.[875] Allerdings vermerkt *Ulbrich* in seinem Lehrbuch zum österreichischen Verwaltungsrecht aus dem Jahre 1904,[876] dass - neben den im übertragenen Wirkungsbereich tätigen Beamten der Selbstverwaltungsverbände und der Religionsgesellschaften - insb auch bei den von Privaten bestellten Bediensteten in Bezug auf die ihnen zukommenden obrigkeitlichen Befugnisse (allgemein) ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis (!) vorgelegen hätte. Hinsichtlich dieser

[872] Auch die Aufsichtsorgane von Privateisenbahnen waren nach § 102 Eisenbahnbetriebsordnung 1852 von der politischen Behörde zu vereidigen.
[873] Siehe dazu insb auch VfSlg 3847/1960 für die republikanische Rechtsordnung.
[874] So zB ausdrücklich § 11 VO der Ministerien des Inneren und der Justiz vom 30. Jänner 1860, betreffend die Bestellung eines beeideten Feldschutzpersonales und das Verfahren über Feldfrevel.
[875] Vgl allerdings die §§ 78 f Eisenbahnbetriebsordnung 1852 hinsichtlich der gegenüber „sämtlichen Beamten und Dienern“ von Eisenbahnen (und damit auch gegenüber dem von Privateisenbahnen angestellten Aufsichtspersonal) bestehenden Überwachungs- und Disziplinarbefugnisse der politischen Behörde.
[876] *Ulbrich*, Lehrbuch 175 f, 185 f.

Personengruppe spricht *Ulbrich* wörtlich von den „von Privatpersonen bestellten und mit obrigkeitlichen Machtbefugnissen ausgerüsteten Exekutivbeamten“[877] und meint damit ganz offensichtlich (auch) die von RGBl 1872/84 erfassten privaten Wachmänner. Insofern war deren Dienstverhältnis also zweigeteilt: nämlich einerseits in das privatrechtliche Dienstverhältnis zu den sie jeweils bestellenden Privaten sowie andererseits eben in das durch die Verleihung obrigkeitlicher Machtbefugnisse bedingte öffentlich-rechtliche.[878] Letzteres galt als „besonderes individuelles Gewaltverhältnis“, das sich insb durch eine besondere Treuebindung zum Staat sowie durch eine besondere strafrechtliche und disziplinäre Verantwortlichkeit der Staatsdiener charakterisierte. Am Vorliegen eines solchen „besonderen individuellen Gewaltverhältnisses“ konnte nach den Ausführungen *Ulbrichs* auch die Tatsache nichts ändern, dass die von privater Seite bestellten Exekutivbeamten nicht unter die Kategorie des „ordentlichen Zivilstaatsdienst“ fielen, sondern von jener des „mittelbaren Staatsdienstes“ als Teil des sogenannten „außerordentlichen Zivilstaatsdienstes“ erfasst wurden.[879] Auch in Bezug auf diesen „außerordentlichen Zivilstaatsdienst“ bestand nämlich die Diensthoheit des Staats, wobei diese Diensthoheit im Fall der hier interessierenden „privaten Exekutivbeamten“ eben durch den Akt der Bestätigung bzw Beeidigung durch die „politische Behörde“ begründet wurde (dieser Akt bildete in Bezug auf die Diensthoheit also offenbar den einzigen und ausschlaggebenden normativen Anknüpfungspunkt). Diese Diensthoheit bedeutete schließlich konkret, dass gegenüber diesen Exekutivbeamten sowohl materielle Dienstgewalt in Form der Möglichkeit zur Erteilung materieller Dienstanweisungen bestand (womit wohl nichts anderes als die umfassende Weisungsbindung zu verstehen ist[880]), sowie, dass im Falle des Ungehorsams auch disziplinäre Sanktionen gegen die von Privaten bestellten Exekutivbeamten gesetzt werden konnten.[881] So betrachtet bestand also in Bezug auf

[877] *Ulbrich*, Lehrbuch 175.
[878] Siehe dazu insb Art 2 des „StGG vom 21.Dezember 1867 über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt“, RGBl 1867/145, der neben den „Beamten“ auch die „Bestellten“ erwähnt und dabei eine nähere Charakterisierung dieser beiden Gruppen offen lässt (insb aber, wie die Berufung der „Bestellten“ in ihr Amt zu erfolgen hat);
[879] Andere Arten des mittelbaren Staatsdienstes bildeten nach der Einteilung bei *Ulbrich*, Lehrbuch 175, der „unbesoldete Berufsstaatsdienst“, „suppletorische Staatsdienst“, „provisorischer Staatsdienst“, „Nebenstaatsdienst“, „Ehrenstaatsdienst“ und der „besondere Anstaltsdienst“.
[880] Konkret spricht *Ulbrich*, Lehrbuch 182, von der „fortlaufenden Bestimmung der Verpflichtung durch generelle oder individuelle Dienstanweisungen.“
[881] Dazu *Ulbrich*, Lehrbuch 186: „Durch die Übertragung staatlicher Funktionen an mittelbare Staatsdiener behält sich der Staat die Macht materieller Dienstanweisungen vor. Pflichtverletzungen

die insoweit vorliegende Diensthoheit des Staates kein erkennbarer Unterschied zum „ordentlichen Zivilstaatsdienst“.[882] Insgesamt deutet damit mE sehr viel darauf hin, dass nach dem eben beschriebenen Verständnis zu Zeiten der ausklingenden konstitutionellen Monarchie wohl von einer organisatorischen Eingliederung (auch) des „mittelbaren Staatsdienstes“ - und damit insb auch der von privater Seite bestellten und mit obrigkeitlichen Machtbefugnissen ausgestatteten Exekutivbeamten - in den staatlichen Organkomplex ausgegangen wurde; nicht zuletzt spricht in diesem Zusammenhang *Ulbrich* auch einheitlich von „Organschaft“ bzw „organschaftlichen Verhältnissen“, ohne dass er dabei zwischen ordentlichem und außerordentlichem Zivilstaatsdienst unterscheiden würde.[883]

Unter diesem Vorverständnis erfolgte dann schließlich im Jahre 1920 die Überleitung der ehemals monarchischen Staatsverwaltung unter das Verfassungsregime der neu gegründeten demokratisch-rechtsstaatlichen Republik.[884] ME erscheint hierbei nun die Annahme durchaus schlüssig, dass auch der historisch erste Verfassungsgesetzgeber von einer (fortdauernden bzw korrekt: neuerlich in Geltung gesetzten) organisatorischen Eingliederung der „privaten Wachmänner“ iSd RGBl 1872/84 in den staatlichen Organkomplex ausgegangen ist, was schließlich neben den bereits in Punkt 9.2.2.2 genannten Gründen auch eine (weitere) Begründung dafür sein könnte, warum er diese von ihm vorgefundenen Fälle der Beteiligung Privater an der staatlichen Hoheitsverwaltung nicht gesondert oder ausdrücklich im B-VG 1920 berücksichtigt hat. Sollte diese Annahme zutreffen, so würde dies in weiterer Folge wohl bedeuten, dass

---

können Ordnungsstrafen nach sich ziehen und Amtsentziehung.“ Siehe auch Art 12 des StGG über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt („Sämtliche Staatsdiener sind innerhalb ihres amtlichen Wirkungskreises für die Beobachtung der Staatsgrundgesetze, sowie für die den Reichs- und Landesgesetzen entsprechende Geschäftsführung verantwortlich. Diese Verantwortlichkeit geltend zu machen, sind diejenigen Organe der Exekutivgewalt verpflichtet, deren Disziplinargewalt die betreffenden Staatsdiener unterstehen.“) sowie die §§ 71 ff Eisenbahnbetriebsordnung 1852.

[882] Ein solcher Unterschied bestand im Wesentlichen nur in Bezug auf Art und Umfang der Bezahlung sowie hinsichtlich der Modalitäten bei Begründung und Beendigung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses; siehe dazu näher *Ulbrich*, Lehrbuch 163 ff.

[883] So insb *Ulbrich*, Lehrbuch 174 f. Anders verhielt es sich dagegen bei der sogenannten „Verleihung“; mit dieser wurde die Übertragung bestimmter Sonderrechte an vom Staat verschiedene Personen bezeichnet, wie das Recht zur Nutzung öffentlichen Guts oder den Betrieb öffentlicher Anstalten (so zB die Konzession zu privater Errichtung und Betrieb von Eisenbahnen, von der allerdings strikt die hier interessierende Ausübung exekutiver Befugnisse durch das jeweilige Aufsichtspersonal zu unterscheiden ist); hinsichtlich der „Verleihung“ solcher Konzessionen erfolgte ganz offensichtlich keine Eingliederung in den staatlichen Organisationskomplex; siehe dazu zB *Haberer*, Eisenbahnrecht 4 ff; *Ulbrich*, Lehrbuch 302 f, sowie auf diesen Bezug nehmend *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 46 f.

[884] Siehe §§ 1 ff VÜG 1920.

von Art 20 Abs 1 B-VG auch diese vorgefundenen Fälle unmittelbar erfasst und daher schon ab der ersten Sekunde der republikanischen Verfassung die „privaten Wachmänner“ an die Weisungen der sie bestätigenden bzw beeidigenden Behörde gebunden hätten sein sollen.[885] Bestätigung findet diese Annahme nicht zuletzt auch in der Rechtsprechung des VfGH sowie in der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Literatur. Während nämlich der VfGH im Zusammenhang mit den der österreichischen Nationalbank eingeräumten hoheitlichen Befugnissen nach anfänglicher begrifflicher Verwirrung[886] letztlich in der Entscheidung VfSlg 1946/1950 ausdrücklich klargestellt hat, dass in diesem Fall keine organisatorische Eingliederung in den staatlichen Verwaltungsapparat vorliegt (sondern dass es sich vielmehr nur um eine funktionelle Betrauung mit Aufgaben der Bundesverwaltung handelt), lässt die Begründung in VfSlg 3847/1960 für die von Privaten bestellten und in weiterer Folge von einer unmittelbar staatlichen Behörde bestätigten und beeideten Exekutivorgane durchaus etwas anderes vermuten.[887] Hier spricht der VfGH vergleichsweise sehr undifferenziert nur davon, dass im konkreten Fall Fischereiaufsichtsorgane „behördliche Hilfsorgane“ seien und dass es „öffentliche Sicherheitsorgane“ bzw „öffentliche Wachen“, die keiner Behörde unterstehen, nicht geben könne. So wenig dies aus funktioneller Sicht zu bestreiten ist, so sehr erinnert diese Diktion (insb „öffentliche Wachen“ sowie die offensichtliche begriffliche Gleichsetzung der „privaten Wachmänner“ mit „unmittelbar staatlichen Sicherheitsorganen“) mE doch an die oben skizzierte Situation zur Zeit der Monarchie. Insoweit liegt also die Vermutung nahe, dass der VfGH - anders als im oben erwähnten Zusammenhang mit der ÖNB - in Bezug auf die im Anschluss an die private Bestellung durch die Behörde bestätigten bzw beeidigten Exekutivorgane auch noch rund dreißig

[885] Siehe unter weiterer Bezugnahme auf Art 77 Abs 1 B-VG insb auch *Merkl*, Finanzdiktatur 187 FN 5: „Soweit man den Organisationsnormen der Verwaltungsorgane, die aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der Bundesverfassung stammen, eine solche hierarchische Unterordnung unter die Bundesministerien nicht entnehmen konnte, haben die Art 20 und 77 B-VG ein solches Unterordnungsverhältnis begründet. Für die Zukunft haben aber die zitierten Verfassungsbestimmungen die Bedeutung einer materiellrechtlichen Determinante der Organisationsgesetzgebung, der Gesetze, die neue Bundesorgane kreieren, in der Weise genügen müssen, dass sie das neue Organ einem Bundesministerium unterstellen.“ Siehe zur Frage der Weisungsbindung noch einmal weiter unten im Haupttext dieses Punktes.

[886] Diese Verwirrung entstand vor allem dadurch, dass der VfGH in VfSlg 1455/1932 noch von einer „Eingliederung“ der ÖNB in die öffentliche Verwaltung gesprochen hat und insoweit offenbar auch bezüglich der ÖNB von einem organisatorischen Einbau in den staatlichen Organkomplex ausgegangen ist. Diese Ansicht vertrat im Jahre 1932 wohl auch noch *Merkl*, Finanzdiktatur 187 f, der nicht zuletzt auch unter Bezugnahme auf die ÖNB von einer „Eingliederung in das verfassungsmäßige System der Verwaltungsorganisation“ sowie von einer „Eingliederung in die Behördenhierarchie“ spricht.

[887] So ausdrücklich auch *Funk*, Jagdaufsichtsorgane 460 FN 35.

Jahre nach Gründung der Republik von einer Einbindung dieser Funktionäre in den staatlichen Verwaltungsapparat ausgegangen ist. Aber auch die Lehre dürfte weiterhin dieser Ansicht gewesen sein; denn wie sonst könnte es zu verstehen sein, wenn *Antoniolli*[888] noch im Jahre 1954 (und damit auch nach der zweiten zur ÖNB ergangenen Entscheidung VfSlg 1946/1950) in der Darstellung der behördlichen Exekutivorgane in einem Atemzug und ohne auch nur ansatzweise zu differenzieren neben den damals noch existenten Sicherheitswachen der Bundespolizeibehörden weiters die Bundesgendarmerie, die Kriminalbeamtenkorps, die Gemeindewachkörper sowie die hier interessierenden Feld-, Jagd- und Forstschutzorgane aufzählt.

Erst im Jahre 1972 hat schließlich *Funk* in seiner grundlegenden Untersuchung zu den beeideten Jagdaufsichtsorganen darauf hingewiesen, dass trotz aller funktionellen Gemeinsamkeiten der genannten Exekutivorgane die bestehenden organisatorischen Unterschiede nicht übersehen werden dürften und dass aufgrund dieser Unterschiede schon ganz grundsätzliche Fragen zum Verwaltungsorganisationsrecht zu stellen seien.[889] Schon ein Jahr später - also 1973 - hat sich *Schäffer* dann erneut mit der Thematik der Erfüllung hoheitlicher Verwaltungsaufgaben durch Private auseinandergesetzt. Auch er hebt unter Bezugnahme auf VfSlg 1946/1950 nun ganz generell die Unterscheidung zwischen den in den staatlichen Organkomplex eingegliederten Verwaltungsorganen und jenen dem Staat zuzurechnenden Erfüllungseinheiten hervor, bei denen dies gerade nicht der Fall ist.[890] Hinsichtlich der letzteren spricht *Schäffer* dann ausdrücklich von einer „funktionellen Angliederung“ und möchte dadurch genau jener begrifflichen Verwirrung entgehen, die durch die vormalige Verwendung des Wortes „Eingliederung“ in VfSlg 1455/1932 in Bezug auf die ÖNB entstanden ist.[891]

Es sei an dieser Stelle nun ausdrücklich festgehalten, dass mE dem von *Funk* in gewisser Weise „vorbereiteten“ und von *Schäffer* schließlich unmissverständlich und allgemein formulierten Ergebnis zur bloß funktionell-staatlichen Stellung aller an der Erfüllung hoheitlicher Verwaltungsaufgaben beteiligten nichtstaatlichen Rechtsträger (und damit eben auch und insb der funktionell-staatlichen Stellung von „privaten

[888] *Antoniolli*, Verwaltungsrecht 236 f; anders dagegen schon *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht 653, aus dem Jahre 1996.
[889] *Funk*, Jagdaufsichtsorgane 460 FN 35.
[890] *Schäffer*, Erfüllung 58 ff, insb 72 FN 24.
[891] Siehe dazu den Überblick über die unterschiedlichen thematischen Zugänge bei *Koja*, Erfüllung 458 ff.

Exekutivorganen“) zu folgen ist; liegt doch dieses Ergebnis auch der vorliegenden Arbeit als wesentliche Ausgangsbedingung zugrunde und bildet es - wie in Punkt 6.2 gezeigt - Ursache und Anknüpfungspunkt für das stets und unvermeidbar vorhandene demokratische Defizit staatlicher Verwaltungsführung durch nichtstaatliche Rechtsträger.

Nachdem nun die organisatorische Stellung der „privaten Exekutivorgane“ endgültig im Sinne einer bloß funktionell-staatlichen geklärt wurde, ist nur noch zu erörtern, wie es sich denn speziell um die Frage nach der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit einer Weisungsbindung dieser Organe verhält.[892] Das Erfordernis der gesonderten Behandlung dieser Frage ergibt sich vor allem aus dem Umstand, dass sowohl *Schäffer* als auch *Funk* (allerdings jeweils von unterschiedlichen Ansätzen ausgehend) zum Ergebnis der Weisungsfreiheit kommen, wobei jedoch mE den Begründungen beider Autoren gewichtige und sogleich näher darzustellende Gründe entgegenstehen.

Beginnend bei der Auffassung von *Schäffer* ist zunächst einmal festzustellen, dass neben der erwähnten grundsätzlichen und allgemeinen Trennung in organisatorisch zu verstehende „Eingliederungen“ und funktionell zu verstehenden „Angliederungen“ das eigentlich Bemerkenswerte an seinem Beitrag in den Konsequenzen liegt, die er aus eben dieser Trennung zieht. So ist er nämlich der Ansicht, dass bei einer bloßen Angliederung das Weisungsrecht als das für eine hierarchisch aufgebaute Verwaltungsorganisation wesentliche Leitungsinstrument ohne verfassungsrechtliche Bedenken entfallen kann bzw sogar entfallen muss (ein bestehender Weisungszusammenhang würde damit offenbar seiner Ansicht nach automatisch eine organisatorische Eingliederung bedeuten).[893] Er vertritt die Meinung, dass ein bloßes Aufsichtsrecht des obersten Organs über die Verwaltungsführung oder die organisationsrechtliche Möglichkeit zur Abberufung des jeweiligen Amtsträgers aus seiner Verwaltungsfunktion und die dadurch letztlich bewirkte Zurechenbarkeit des

[892] Es ist nur zu erörtern, ob die verfassungsrechtliche Notwendigkeit zur einfachgesetzlichen Herstellung einer Weisungsbindung besteht oder nicht; nicht behandelt wird dagegen die Frage, ob funktionelle Organe schon unmittelbar aufgrund von Art 20 Abs 1 B-VG weisungsgebunden sind; dies wurde bereits vom VfGH ausdrücklich verneint (VfSlg 16.400/2001), ohne dass dieser Erkenntnis etwas hinzuzufügen wäre.

[893] So ausdrücklich *Schäffer*, Erfüllung 73 f; ihm folgend *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht 19, 403 f.

Verhaltens zum Staat schon ausreicht, um den verfassungsrechtlichen Notwendigkeiten zu genügen, die sich bei der Beteiligung nichtstaatlicher - insb aber privater - Rechtsträger an der staatlichen Verwaltung ergeben. „Aufsicht" sei also nach der Meinung von *Schäffer* stets im Sinne einer bloß kontrollierenden Aufsicht zu verstehen, keinesfalls aber als dirigierende (leitende) Aufsicht. Die mit der von ihm vertretenen Ansicht zwangsläufig verbundene meritorische Unbeeinflussbarkeit des Verwaltungshandelns durch den Staat (bzw durch das oberste Organ) ist ihm damit also völlig bewusst und wird dies von ihm sogar ausdrücklich bejaht.

Dass diese Auffassung so - jedenfalls aber in der von *Schäffer* vorgetragenen Pauschalität und Weite - nicht zutreffen kann, dürfte nach den in dieser Arbeit bisher erzielten Ergebnissen schon zu vermuten sein. Im Grunde beschreibt *Schäffer* in seinen Ausführungen ja nur jenes Minimum an Ingerenz, bei dem gerade noch die Zurechenbarkeit zum Staat (genauer: zu einem staatlichem Rechtsträger) möglich ist, ohne jedoch über diese bloße Zurechenbarkeit hinaus zu gehen. Jedenfalls nach heutigem Verfassungsverständnis wird man aber wohl sagen können, dass ein dermaßen niedriges Ingerenzniveau für funktionelle Privatisierungen keinesfalls als zulässig angesehen werden kann (siehe dazu nur die Ausführungen in Punkt 9.3.1 zu den in Art 20 Abs 2 B-VG und Art 52 Abs 1a B-VG aufgestellten Minimalerfordernissen[894] sowie zu den Überlegungen zur Selbstverwaltung), sowie, dass eine allenfalls bestehende Weisungsbindung keinesfalls schon automatisch eine organisatorische Eingliederung in den staatlichen Verwaltungsapparat bedeutet (sondern bei funktionellen Privatisierungen „lediglich" eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit darstellt). In ganz besonderer Weise wird diese Feststellung aber dann Geltung beanspruchen können, wenn es um dermaßen grundrechtsrelevante Befugnisse aus dem Bereich der Hoheitsverwaltung geht, die zur Erteilung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehle, insb aber zur Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Zwangsgewalt auf dem mit dem Kriminalstrafrecht in so enger Verbindung stehenden Gebiet der allgemeinen Sicherheitspolizei ermächtigen. Gerade hier sind Grundrechtseingriffe

[894] Die von *Schäffer* als ausreichend erachteten Aufsichts-, Informations- und Abberufungsmöglichkeiten ähneln mE sehr den in Art 20 Abs 2 B-VG normierten Ingerenzbefugnissen; allerdings ist Art 20 Abs 2 B-VG stets iVm der parlamentarischen Befugnis nach Art 52 Abs 1a B-VG zu sehen, wodurch der durch die Weisungsfreiheit bedingten Herabsetzung der Verantwortlichkeit des obersten Organs begegnet wird (siehe auch die RV 314 BlgNR 23. GP, 7 ff); dagegen findet sich bei *Schäffer* kein derartiger Ersatz für den Wegfall der Weisungsbindung, weshalb schon allein aus diesem Grund das von ihm vorgebrachte Ingerenzniveau als zu gering zu erkennen ist; im Ergebnis wie hier *Potacs*, Devisenbewirtschaftung 104 f.

besonders wahrscheinlich und gerade hier können diese Eingriffe besonders intensiv sein,[895] weshalb im Ergebnis gerade hier - je nach konkreter Aufgabe bzw Befugnis - besonders intensive Einfluss-, Gestaltungs- und Sanktionsmöglichkeiten des obersten Organs zu verankern sein werden.

Nun zu der von *Funk* geäußerten Ansicht:[896] er ist (bzw war im Jahre 1972) der Meinung, dass speziell die von Privaten bestellten und in weiterer Folge von unmittelbar staatlichen Behörden bestätigten und beeideten Jagdaufsichtsorgane vom historischen Verfassungsgesetzgeber (stillschweigend) als weisungsfrei anerkannt wurden. Sollte dies tatsächlich zutreffen, so ließe sich mE weiter fragen, ob denn dann nicht konsequenter Weise überhaupt alle an der Erfüllung hoheitlicher Verwaltungsaufgaben beteiligten Privaten - zumindest aber die den historisch vorgefundenen Jagdorganen vergleichbaren „privaten Exekutivorgane" - weisungsfrei gestellt werden können.
Dazu ist zunächst festzuhalten, dass *Funk* seine erwähnte Auffassung im Wesentlichen aus einer historischen Interpretation des Art II § 5 Abs 1 VÜG 1929 gewinnt (diese Bestimmung entspricht dem heutigen Art 78d Abs 1 B-VG; siehe dazu oben Punkt 7.3.1.3). So sei seiner Ansicht nach einmal zu beachten, dass es sowohl bundes- als auch landesverfassungsrechtliche Ausnahmen vom hierarchischen Verwaltungssystem iSd Art 20 Abs 1 B-VG iVm Art 77 Abs 1 B-VG gibt. In diesem Licht betrachtet stelle es dann schließlich einen Fall „beredten Schweigens" des Verfassungsgesetzgebers dar, wenn er in der erwähnten Bestimmung des Art II § 5 Abs 1 VÜG 1929 anordnet, dass die in den einzelnen Zweigen der Landeskultur vorgesehenen privaten Wachorgane keine Wachkörper bilden, dass aber ansonsten der Verfassungsgesetzgeber zur Frage der Beteiligung Privater an der Erfüllung von Aufgaben der Hoheitsverwaltung keine ausdrückliche Aussage trifft. Allerdings merkt zu diesem Ergebnis selbst *Funk* an, dass dieses aufgrund der zu seiner Erzielung notwendigerweise zu gehenden „interpretativen Umwege" durchaus als „problematisch" bezeichnet werden kann.[897] Außerdem widerspricht dieses Ergebnis - wie bereits dargestellt - auch der aus der Monarchie übernommen Situation, wonach gerade im umgekehrten Sinn die privaten Wachmänner

[895] Siehe dazu Punkt 7.4.2.2.
[896] *Funk*, Jagdaufsichtsorgane 460 ff.
[897] So ausdrücklich *Funk*, Jagdaufsichtsorgane 462.

im Rahmen ihrer hoheitlichen Befugnisse der strikten Diensthoheit des Staates samt Bindung an materielle Dienstanweisungen unterworfen waren (worin dann wohl auch der „Knackpunkt“ in den unterschiedlichen Auffassungen von *Funk* und meiner eben ausgebreiteten liegen dürfte; denn nach Ansicht von *Funk* seien die Jagdaufsichtsorgane auch zu Zeiten der Monarchie weisungsfrei gewesen, wobei er allerdings für diese von ihm angenommene Ausgangsbedingung keinen historischen Nachweis beibringt). Wenn man dann noch bedenkt, dass der historisch erste Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1920 alles dasjenige aus der Monarchie in die Republik übernehme wollte, was nicht im Widerspruch zum B-VG stand,[898] so wird man mE viel eher der Annahme zu folgen haben, dass dieser historische Verfassungsgesetzgeber (stillschweigend) von der Weisungsgebundenheit der privaten Wachleute ausgegangen ist und dabei einfach die Problematik der je unterschiedlichen Stellung von Organen im organisatorischem Sinn und solchen im bloß funktionellen Sinn (bzw das mit diesen organisatorischen Unterschieden verbundene unterschiedliche Maß an demokratischer Legitimation) nicht erkannt bzw übersehen hat.[899]

Nach diesen Ausführungen zu der vom historischen Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1920 vorgefundenen Situation zu „privaten Exekutivorganen“ ist nun wieder zur aktuellen Verfassungsrechtslage zurückzukehren. Dazu ist sogleich einmal festzustellen, dass durch die B-VGNov des Jahres 2008[900] gerade auch die Frage der weisungsfreien Verwaltung neu geregelt wurde. So werden nunmehr in dem bereits mehrfach erwähnten Art 20 Abs 2 B-VG taxativ jene Fälle aufgezählt, in denen vom einfachen Gesetzgeber weisungsfreie Verwaltungsorgane eingerichtet werden können. Zu beachten ist hierbei nun einerseits, dass keiner diese Fälle einen Hinweis darauf enthält, dass (unmittelbar staatliche oder bloß funktionell-staatliche) Exekutivorgane (also ganz allgemein solche Organe, denen die Befugnis zur Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und/oder Zwangsgewalt zukommt[901]) weisungsfrei eingerichtet werden dürften, sowie andererseits, dass die in Art 20 Abs 2 B-VG

[898] Siehe nur §§ 1 ff VÜG 1920
[899] Ebenfalls kritisch zur Auffassung von *Funk* über ein angeblich „beredtes Schweigen“ des historischen Verfassungsgesetzgebers zB *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 80 ff; *Puck*, Erfüllung 35 f; *Traxler*, Weisungen 543 FN 12, die allerdings noch von der unmittelbaren Geltung des Art 20 Abs 1 B-VG auch hinsichtlich der von funktionellen Organen ausgeübten Verwaltungstätigkeiten ausgehen.
[900] BGBl I Nr 2008/2.
[901] Siehe zu dieser Definition des Begriffs der “Exekutivorgane” insb *Funk*, Verwaltungsakt 139 ff.

aufgezählten Fälle ausdrücklich eng zu interpretieren sind und damit nur die bei der Erlassung der B-VGNov 2008 ohnehin schon bestehenden (allerdings durch fugitive Verfassungsbestimmungen weisungsfrei gestellten) Fälle erfasst werden sollten.[902] Letztlich wird man daher mE jedenfalls aus heutiger verfassungsrechtlicher Sicht zum Ergebnis kommen müssen, dass (sowohl unmittelbar staatliche als auch „private") Exekutivorgane keinesfalls weisungsfrei ausgestaltet werden dürfen, sowie, dass im Falle funktioneller Privatisierungen gerade hier aufgrund der idR sehr grundrechtsrelevanten Aufgaben und Befugnisse entsprechend umfangreiche und weitgehende Ingerenzbefugnisse iSd Art 20 Abs 1 B-VG durch den einfachen Gesetzgeber einzurichten sind.[903] Wie versucht wurde zu zeigen, entsprechen diese Vorgaben auch im Wesentlichen dem, was der Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1920 vorgefunden und mE wohl auch (stillschweigend) akzeptiert hat.

9.3.2.3 Zusammenfassung der Ergebnisse

Fasst man die Ergebnisse zu jenen Fällen der Verwaltungsführung zusammen, in denen selbstständige (insb private) Rechtsträger zur Ausübung der Rechtssatzform der „unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt" ermächtigt werden, lässt sich folgendes festhalten: es handelt sich bei den insoweit tätigen Organen stets - so wie im Übrigen auch in allen anderen Fällen der Beteiligung nichtstaatlicher

[902] RV 314 BlgNR 23. GP, 8; Ziel der B-VGNov 2008 war es ja insb auch, den (nach wie vor) mehr als unübersichtlichen „Wildwuchs" an Verfassungsbestimmungen entsprechend zu bereinigen.

[903] Wie sich die Lage hinsichtlich der heutigen landesrechtlichen Bestimmungen insb in Bezug auf die Jagd-, Fischerei- oder sonstigen Aufsichtsorgane und den ihnen eingeräumten Befugnissen darstellt, kann an gegebener Stelle nicht in aller Ausführlichkeit untersucht werden. Allerdings lässt sich überblicksartig feststellen, dass sich die aktuell gültigen Regelungen mehr oder weniger stark an der vorrepublikanischen Rechtslage orientieren (siehe zB das Jagdgesetz der Steiermark, dass sich in § 35 Abs 1 ausdrücklich auf das im Haupttext erwähnte Reichsgesetz aus dem Jahre 1872 betreffend die amtliche Stellung des zum Schutz einzelner Zweige der Landeskultur aufgestellten Wachpersonals beruft). Auch an der von der Bezirksverwaltungsbehörde vorzunehmende Bestätigung und Beeidigung der Jagdaufsichtsorgane hat sich in keinem der Bundesländer im Wesentlichen etwas geändert, wiewohl allerdings die von den Aufsichtsorganen zu erbringenden Leistungsnachweise doch deutlich differenzierter sind als noch zu Zeiten der Monarchie. Ausdrücklich vorgesehene Aufsichts- oder Informationsmöglichkeiten oder gar direkte Weisungsrechte gegenüber dem jeweiligen Aufsichtspersonal sucht man für unmittelbar staatliche Organe allerdings auch heute noch vergeblich; für die Herstellung eines entsprechenden Weisungsverhältnisses wären solche aber erforderlich, da Art 20 Abs 1 B-VG für funktionell-staatliche Organe ja nicht unmittelbar gilt (VfSlg 16.400/2001). Insgesamt erscheint die Situation damit auf den ersten Blick doch bedenklich, ohne aber damit dem jeweiligen Ergebnis einer für jedes einschlägige Landesgesetz gesondert vorzunehmenden Untersuchung (insb auch zur Frage einer allfällig möglichen verfassungskonformen Interpretation der Aufgaben, Befugnisse und der jeweiligen Ingerenzbefugnisse; siehe dazu beispielhaft unten Punkt 12.2.2) vorgreifen zu können.

Rechtsträger an der staatlichen Verwaltung - um (bloß) funktionell-staatliche Organe, die als solche nicht in den staatlichen Organisationskomplex iSd Art 77 Abs 1 B-VG eingegliedert sind. Die Annahme eines noch aus der Monarchie stammenden (wenn auch durch den Umfang der jeweiligen obrigkeitlichen Befugnisse beschränkten) öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses samt unmittelbarer staatlicher Diensthoheit in Bezug auf diese „privaten Exekutivorgane" kann damit - jedenfalls für die republikanische Verfassung - nicht aufrechterhalten werden.

Weiters ist zu vermerken, dass (mangels erkennbarer verfassungsrechtlicher Ausnahmeregelungen) auch in den eben genannten Fällen der funktionell-staatlichen Verwaltungsführung durch „private Exekutivorgane" stets die Vorgaben iSd der „Leitung" des Art 20 Abs 1 B-VG zu beachten sind und dies mE auch im Wesentlichen zur monarchistischen Rechtsordnung gesagt werden kann; diese herzustellende „Leitung" iSd Art 20 Abs 1 B-VG wird darüber hinaus gerade hier aufgrund der „wesensmäßigen Grundrechtsnähe" derartiger Verwaltungsführung besonders eingehende Ingerenzbefugnisse des zuständigen obersten Organs erforderlich machen.

Schließlich muss in diesem Zusammenhang noch der Vollständigkeit halber und in aller Ausdrücklichkeit festgehalten werden, dass die Herstellung von Weisungsbindung iSd Art 20 Abs 1 B-VG keinesfalls schon allein eine Eingliederung in den staatlichen Verwaltungskomplex bewirken kann. Wie *Raschauer*[904] mE völlig zutreffend bemerkt hat, besteht Leitung iSd genannten Bestimmung nämlich nicht nur aus der Möglichkeit zur Erteilung bzw der Pflicht zur Befolgung von Weisungen, sondern auch aus der (zumindest möglichen) Vornahme entsprechender Maßnahmen im Bereich der Personal- und Finanzbewirtschaftung sowie der Organisationsgewalt. Aber gerade diese letztgenannten Elemente umfassender Leitungsbefugnis fehlen gegenüber bloß funktionell-staatlichen Organen (oder sind zumindest im Vergleich zu unmittelbar staatlichen Organen nur schwächer ausgeprägt), was letztlich die Verdünnung ihrer demokratischen Legitimation bedeutet und ihre quantitativ-qualitative Beschränkung bewirkt.[905]

[904] *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 358, 384; *Raschauer*, Grenzen 434 ff.
[905] Siehe dazu genauer Punkt 6.2.

Letzten Endes kann aber auch nach Beleuchtung der historisch vorgefundenen Situation zur Betrauung Privater mit unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsbefugnissen nur die Feststellung getroffen werden, dass auch nur halbwegs präzise bzw intersubjektiv unbestreitbare Aussagen darüber, welcher Art und welchen Ausmaßes unmittelbar staatliche Ingerenzbefugnisse im Sinne eines jedenfalls herzustellenden „Minimalerfordernisses" an demokratischer Legitimation nun genau zu sein haben, mit rechtswissenschaftlichen Methoden nicht zu erzielen sind.[906] Im Ergebnis verbleibt daher auch und insb im Zusammenhang mit unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsbefugnissen Privater ein nicht unwesentlicher Beurteilungsspielraum, der - jedenfalls de lege lata - letztlich wiederum von VfGH zu konkretisieren ist.

9.4 Zur Feststellbarkeit einer absoluten qualitativen Grenze

9.4.1 Allgemeine Bemerkungen

Die Überlegungen im vorangegangenen Punkt 9.3 betrafen die Problematik, ob bzw mit welcher Genauigkeit im Wege rechtswissenschaftlicher Erkenntnis festgestellt werden kann, auf welche Art und Weise Ingerenzmöglichkeiten eines obersten Organs jeweils hergestellt werden müssen, um damit das notwendige Maß an demokratischer Legitimation für jede einzelne funktionelle Privatisierung zu gewährleisten. Dabei wurde allerdings (vorerst) immer stillschweigend vorausgesetzt, dass die jeweils abstrakt in Diskussion stehenden staatlichen Kompetenzen (genauer: die Erfüllung der jeweils betroffenen Staatsaufgaben durch Ausübung bestimmter Befugnisse im Sinne der Setzung konkreter außenwirksamer Maßnahmen) überhaupt „dem Grunde nach" auf private Rechtsträger übertragen werden dürfen. Hier soll dagegen nun der Frage nachgegangen werden, ob es aus der Sicht des qualitativen Elements derart - im rechtlichen Sinn - wichtige bzw bedeutungsvolle staatliche Betätigungsfelder gibt, die

[906] Ebenso ausdrücklich zB *Potacs*, PPP 30; vgl auch schon *Schäffer*, Erfüllung 72 f.

stets und ausnahmslos durch staatliche Organe im organisatorischen Sinn wahrgenommen werden müssen, so dass sie einer Beteiligung durch Private schon von vornherein entgegenstehen. Oder mit anderen Worten ausgedrückt: es geht um die Frage, ob es staatliche Betätigungsfelder gibt, bei denen - gemessen am Grundmodell der Art 20 Abs 1 iVm Art 77 Abs 1 B-VG - überhaupt keine Abschwächung der demokratischen Legitimation zulässig ist. Damit trifft sich im Übrigen die hier verwendete Formulierung (nämlich „absolute qualitative Grenzen“) mit dem vom VfGH verwendeten Begriff der „Kernaufgaben“; beide meinen inhaltlich dasselbe. Da nun - wie schon in den Punkten 4.1 und 7.2 näher ausgeführt - der VfGH gerade auch die Aufgaben der allgemeinen Sicherheitspolizei pauschal als solche „Kernaufgaben“ bezeichnet, betrifft dies eine für die vorliegende Untersuchung höchst relevante Frage. Anders als der VfGH möchte ich mein Ergebnis aber so weit wie möglich rechtsdogmatisch nachvollziehbar erzielen.

Anzusetzen ist dazu auch hier wieder bei der grundlegenden Einsicht, dass quasi direkt proportional mit der steigenden Eingriffswahrscheinlichkeit und (potentieller) Eingriffsintensität der in Frage stehenden staatlichen Kompetenzen ebenso das jedenfalls notwendige Mindestmaß an demokratische Legitimation der mit ihrer Wahrnehmung betrauten Organe wächst. Dies hat schließlich - von einem vorerst sehr abstrakten Standpunkt aus betrachtet - mE zur logischen Folge, dass *jedenfalls dann, wenn die rechtlich betracht sensibelsten Grundrechtseingriffe gesetzt werden können (bzw gesetzt werden müssen), die höchstmögliche demokratische Legitimation der eingesetzten Organe gegeben sein muss, was nur den Vorbehalt für staatliche Organe im organisatorischen Sinn bedeuten kann*.[907] Unter Heranziehung der bisherigen

[907] Vgl dazu insb *Baumgartner*, Zivildienstverwaltung 87 f, demzufolge es für die Beurteilung des Vorliegens einer ausgliederungs- bzw beleihungsfesten Kernaufgabe der staatlichen Verwaltung (also dort, wo jede Form der Entstaatlichung schon von vornherein ausgeschlossen ist) auf die mit der Besorgung der jeweiligen - einzeln zu betrachtenden - Aufgabe verbundenen grundrechtlichen Eingriffsnähe und Eingriffsintensität ankommt; so im Grunde auch *Heller*, Kernaufgaben 252 f, der allerdings in seinen diesbezüglichen Ausführungen recht oberflächlich bleibt und daher im Ergebnis mE etwas zu weit geht, wenn er freiheitsentziehende Maßnahmen sowie die Anwendung von Gewalt gegen Personen und Sachen ganz generell als Kernaufgaben iSd VfGH bezeichnet; dies ist nämlich insb schon mit den vom Verfassungsgesetzgeber im Jahre 1920 vorgefundenen und insoweit stillschweigend akzeptierten Fällen der Beteiligung Privater an der Erfüllung von verwaltungspolizeilichen Aufgaben (siehe dazu Punkt 9.3.2.1; allen voran natürlich die Jagdaufsichtsorgane mit ihren Befugnissen zur Festnahmen und Waffengebrauch; siehe dazu insb *Funk*, Jagdaufsichtsorgane 455 ff) nicht in Einklang zu bringen; ähnlich wie hier auch *Funk*, BWA-Erk 23 f, der allerdings den „Umweg“ über die Entwicklung

Ergebnisse zum verfassungsrechtlichen Aufbau der Staatsfunktion Verwaltung (siehe insb Punkt 6) iVm der Einsicht in die Individualbezogenheit der gesamten Rechtsordnung (siehe Punkt 7.4.1) und der Einsicht, dass mit jeder funktionellen Privatisierung unvermeidlich eine Schwächung der (mit Art 20 Abs 1 B-VG „modellhaft" vorgezeichneten) Leitungsbefugnis des jeweiligen obersten Organs verbunden ist (siehe Punkt 6.2.2), vertrete ich die Ansicht, dass dem Verfassungsgesetzgeber auch ohne einer darauf ausdrücklich Bezug nehmenden Anordnung nichts anderes zugesonnen werden kann, ohne dass damit eine fundamentale normative Sinnwidrigkeit in Bezug auf das demokratische und rechtsstaatliche Baugesetz in Kauf genommen werden müsste.[908] Ausgehend von dieser Einsicht ist nun in einem weiteren Schritt die Frage zu beantworten, welche Grundrechtseingriffe denn als die sensibelsten zu bezeichnen sind. Dieser Frage widmen sich die nächstfolgenden Ausführungen.

9.4.2 Eingriffe in Art 2 EMRK als absolute qualitative Grenze

Begibt man sich auf die Suche nach den - aus rechtlicher Sicht - sensibelsten Grundrechtseingriffen, so kann dies mE nur die Suche nach jenem Grundrecht bedeuten, bei dem für die Erreichung der Zulässigkeit etwaige Eingriffe die vom normativen Standpunkt aus gesehen dichtesten Beschränkungen aufgestellt sind.[909] Da es ja bekanntlich keine förmlich zum Ausdruck gebrachte Rangordnung der Grundrechte im Sinne ihrer hierarchischen Abstufung nach Wichtigkeit bzw nach gegenseitiger Vorzugswürdigkeit gibt,[910] sehe ich keinen anderen Weg, rational nachvollziehen zu können, welche Wertungen der Verfassungsgesetzgeber mit den

---

einer verfassungsrechtlichen Dogmatik der Staatsaufgaben vorschlägt; hier wird dagegen der „direkte" Weg über Grundrechtseingriffe gewählt.

[908] Das Ergebnis, dass die Vornahme der sensibelsten aller Grundrechtseingriffe den staatlichen Organen im organisatorischen Sinn vorbehalten ist, kann mE ganz im Sinn von VfSlg 3685/1960 verstanden werden, wonach die Ermächtigung zu Beleihungen nur soweit gegeben sei, „als sich nicht aus *dem durch den Wesensgehalt der Bundesverfassung allgemein bestimmten Aufbau der staatlichen Verwaltung* oder aus einzelnen besonderen Bestimmungen der Bundesverfassung eine Einschränkung ergibt" (Hervorhebungen von mir); in diesem Sinn auch *Pitschas*, Verantwortungspartnerschaft 108.

[909] Ähnlich *Ermacora*, Menschenrechte 159 f.

[910] Vgl zB *Lachmayer*, Ausgliederungen 755, 761; *Kneihs*, Sterbehilfe 203 ff; *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 12 mwN. *Fessler*, Grundrechtssystem 144, betont in diesem Zusammenhang, dass alle verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte normativ betrachtet völlig gleichrangig seien; etwaige Widersprüche oder sonstige Auslegungsprobleme wären durch einen Blick auf die hinter den einzelnen Verbürgungen stehenden Ideale zu lösen, ohne diese dabei aber zu präpositiven Normen zu machen.

einzelnen grundrechtlichen Positionen verbunden hat. Gerade das ist aber die Frage, wenn es darum geht festzustellen, welches Grundrechtsgut in Abwägung mit anderen als besonderes schützenswert anzusehen ist, wobei zugleich aber auch ganz besonders darauf zu achten ist, dass dabei das komplexe Gefüge aller grundrechtlicher Positionen zueinander nicht in unzulässiger Weise simplifiziert wird.[911]

Weiters hat hier mE noch die Klarstellung zu erfolgen, dass es in gegebenem Zusammenhang nur um die Suche nach den zwar rechtlich sensibelsten, aber trotzdem immer noch zulässigen, Grundrechtseingriffe gehen kann. Worum es damit also nicht geht, sind Eingriffe in Grundrechte, die absolut gewährleistet sind. Bei diesen stellen Eingriffe in ihren jeweiligen Schutzbereich immer und unausweichlich unzulässige Grundrechtsverletzungen dar, und zwar unabhängig davon, ob sie von unmittelbar staatlichem Personal oder von (Hilfs-) Organen im funktionellen Sinn gesetzt werden. Damit erweisen sie sich aber mE für das Ziel der Auffindung einer absoluten qualitativen Grenze für den einfachen Gesetzgeber hinsichtlich funktioneller Privatisierungen als gänzlich ungeeignet, da es in dieser Frage ja um genau jene - mangels ausdrücklicher verfassungsrechtlicher Regelungen durch Auslegung zu ermittelnde - Grenze geht, ab welcher zur Setzung der entsprechenden (eben gerade noch zulässigen) Maßnahmen die höchste demokratische Legitimation der zuständigen Organe zu fordern ist und damit also funktionelle Privatisierungen unmöglich werden. Wie sogleich zu zeigen sein wird, handelt es sich aufgrund der konkreten dogmatischen Ausgestaltung bei dem durch Art 2 EMRK geschützten Recht auf Leben um eben genau dasjenige (besonders engmaschig geschützte) Grundrechte im hier gemeinten Sinn.[912]

Den Ausgangspunkt zu den folgenden Erörterungen bildet zunächst einmal der Hinweis auf die notorische Tatsache, dass das Leben ein einmaliges und unwiederbringliches Rechtsgut im physisch-naturwissenschaftlichen Sinn darstellt. Ebenso ist allgemein bekannt, dass sowohl Genuss als auch Geltendmachung aller anderen Grundrechte

[911] Ich behaupte daher also nicht, dass durch die hier vertretene Ansicht eine formale Reihung der Grundrechte begründbar sei; es geht hier vielmehr nur darum, anhand dogmatischer Anhaltspunkte zu zeigen, bei welchem Grundrecht bzw bei welchem Grundrechtsgut aufgrund besonders streng ausgestalteter Eingriffsschranken etwaige Grundrechtseingriffe als besonders sensibel anzusehen sind. Damit sollte auch die Gefahr einer unzulässigen Vereinfachung des Verhältnisses der einzelnen Grundrechte zueinander und ihres je unterschiedlichen Zusammenwirkens gebannt sein; siehe dazu auch die Bemerkungen bei *Kneihs*, Sterbehilfe 193 ff; *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 12.

[912] Vgl dazu schon die Andeutung bei *Kucsko-Stadlmayer*, Diskussionsbeitrag 125.

vorab einmal von der Lebendigkeit des jeweiligen Grundrechtsträgers abhängen.[913] Damit zusammenhängend darf man die Einsicht als bekannt voraussetzen, dass im Fall der Vernichtung des menschlichen Lebens auch die Möglichkeit der Leistung von Schadenersatz an den insoweit unmittelbar Beeinträchtigten schon aufgrund faktischer Unmöglichkeit ausscheidet. Diese Umstände heben das menschliche Leben von allen anderen grundrechtlich geschützten Rechtsgütern doch deutlich ab und bedingen es, dass durch die Verlagerung der Eingriffsschwelle ein Stück weit in der Gefährdungsbereich hinein nicht erst tatsächliche Tötungen (sondern schon hinreichend ernste Lebensbedrohungen) Grundrechtseingriffe darstellen;[914] allein aus diesen Überlegungen lässt sich allerdings noch kein Recht im juristisch-normativen Sinn begründen.[915] Nichtsdestotrotz wird man aber - und dies ist die eigentliche Essenz dieser Vorbemerkungen - zum Verständnis der Grundrechtsordnung doch davon ausgehen dürfen, dass es nicht zuletzt eben genau diese Umstände waren, die zu der hervorgehobenen dogmatischen Stellung des menschlichen Lebens in der EMRK geführt haben.[916] Aber wodurch wird denn nun diese hervorgehobene Stellung konkret begründet?

Das eindeutigste Argument hierzu kann mE in der in Art 2 Abs 2 EMRK ausdrücklich angeordneten Schwelle der *unbedingten Erforderlichkeit* für lebensbedrohende oder gar tatsächlich zum Tode führende Gewaltanwendungen zur Erreichung eines der in Art 2 Abs 2 lit a bis c EMRK taxativ aufgezählten Ziele gesehen werden.[917] Durch die Verbindung der strengen Formulierung der *unbedingten Erforderlichkeit* mit taxativ aufgezählten Eingriffstatbeständen geht das für Eingriffe in das Recht auf Leben normierte Verhältnismäßigkeitsgebot im Ergebnis doch deutlich über das der „herkömmlichen" materiellen Gesetzesvorbehalte der Art 8 bis 11 EMRK hinaus.[918]

---

[913] *Eberhard*, Leben Rz 4/2; *Grabenwarter*, EMRK § 20 Rz 1 mwN zur diesbezüglichen Rechtsprechung des EGMR.
[914] VfGH 15.046/1997; *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 26 mwN; *Kneihs*, Leib und Leben Rz 9 ff; weiters *Eberhard*, Leben Rz 4/2 f; *Grabenwarter*, EMRK § 20 Rz 5.
[915] *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 1 mwN.
[916] Diese Annahme ist insb auch vor dem engen zeitlichen Zusammenhang der Schaffung der EMRK mit dem damals gerade eben erst überwundenen Nationalsozialismus und der grausamsten Vernichtung unzähliger Menschleben im zweiten Weltkrieg zu sehen, so *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 11.
[917] Zu den Eingriffstatbeständen des Art 2 Abs lit a bis c EMRK siehe unten die Punkte 10.2 bis 10.4.
[918] Die „unbedingte Erforderlichkeit" des Art 2 EMRK wird jedenfalls vom EGMR enger ausgelegt als die bloße „Erforderlichkeit in einer demokratischen Gesellschaft" der Art 8 bis 11 EMRK; vgl dazu

Eine vergleichbar schwer zu überwindende rechtliche Hürde für die Erreichbarkeit der Zulässigkeit von Grundrechtseingriffen findet man in der österreichischen Grundrechtsordnung sonst nirgends. Bereits dadurch ist also die besondere Sensibilität des menschlichen Lebens auch grundrechtsdogmatisch zum Ausdruck gebracht. Auf die ganz offensichtlich dahinter stehenden Überlegungen zur Grundvoraussetzung der Lebendigkeit des jeweiligen Grundrechtsträgers zu Genuss und Geltendmachung aller anderen rechtlichen Positionen sowie zur Irreversibilität tödlicher Grundrechtseingriffe und der damit verbunden „Vorverlagerung" des Schutzbereichs auf entsprechend ernsthafte Gefährdungssituationen sei hier nochmals hingewiesen.

Zur argumentativen Untermauerung der hier vertretenen Ansicht sei weiters bemerkt, dass Art 2 Abs 1 EMRK die einzige Bestimmung im geltenden Grundrechtskatalog darstellt, in der über den Abwehrcharakter hinaus der Schutz des betreffenden Grundrechtsguts durch (einfaches) Gesetz ausdrücklich angeordnet ist.[919] Aus dieser ausdrücklich angeordneten Schutzpflicht, vor allem aber in ihrer Verbindung mit der oben genannten Eingriffsschwelle der *unbedingten Erforderlichkeit* leitet der EGMR dann auch die Verantwortung des Staats für die grundsätzliche organisatorische Ausgestaltung der ihm zuzurechnenden Erfüllungseinheiten und der tatsächlichen Durchführung ihrer Einsätze ab. Demnach liegt also ein staatliches Organisationsverschulden insb dann vor, wenn durch dem Staat zumutbare organisatorische Vorkehrungen die Gefährdung bzw Tötung von Menschen in einer Prognose des hypothetischen Kausalverlaufs hätte vermieden werden können.[920] In der Tatsache, dass die Judikatur in Art 2 EMRK zwar nicht den einzigen, wohl aber den wesentlichsten Kristallisationspunkt zur Entwicklung und Anerkennung grundrechtlicher Schutzpflichten sowie der staatlichen Organisationsverantwortung sieht,[921] liegt mE ebenfalls ein Anhaltspunkt für die gegenüber anderen Grundrechtsgütern dogmatisch hervorgehobenen Stellung des menschlichen Lebens.

Eberhard, Leben Rz 4/22 mwN aus der Judikatur des EGMR; siehe weiters *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 2, 10, 23, 35, insb 40 ff.

[919] Art 2 Abs 1 EMRK lautet:" Das Recht jedes Menschen auf das Leben wird gesetzlich geschützt.".

[920] Siehe insb EGMR, Fall McCann, Serie A Nr. 324 = ÖJZ 1996, 233 ff.

[921] So *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 11.

Dafür sprechen aber auch die Systematik der EMRK sowie überhaupt der Aufbau der modernen Grundrechtsquellen rechtstaatlich-demokratisch geprägter Gesellschaftssysteme.[922] Das Recht auf Leben stellt nämlich in aller Regel numerisch gesehen eine der ersten Verbürgungen dar.[923] Man wird ohne große Gefahr des Irrtums annehmen dürfen, dass es sich hierbei um keinen bloßen Zufall handelt, sondern dass sich die jeweiligen zur Beschlussfassung zuständigen Organe bei der Formulierung und Gestaltung dieser Grundrechtskataloge von ähnlichen grundlegenden Überlegungen haben leiten lassen, wie sie oben in aller Kürze zu den allgemein bekannten Tatsachen im Zusammenhang mit dem menschlichen Leben angerissen wurden.[924]

Abschließend kann im Rahmen dieser Herausstellung der grundrechtsdogmatischen Stellung des menschlichen Lebens natürlich auch der Hinweis auf Art 15 Abs 2 EMRK nicht ausbleiben.[925] Nach dieser Bestimmung können selbst im Fall eines Krieges oder eines anderen öffentlichen Notstandes, der das Leben der Nation bedroht, die Art 2 (außer bei Todesfällen, die auf rechtmäßige Kriegshandlungen zurückzuführen sind[926]), 3, 4 Abs 1 sowie Art 7 EMRK nicht außer Kraft gesetzt werden. Dadurch erfährt diese Gruppe an Grundrechte, und darunter eben auch das Recht auf Leben, ihre besondere Hervorhebung gegenüber allen anderen Grundrechten. Der Umstand schließlich, dass innerhalb dieser Gruppe das Recht auf Leben das einzige nicht absolut gewährleistete Grundrecht darstellt,[927] zeigt die auch dogmatisch verankerte hohe Bedeutung des menschlichen Lebens und damit die besondere Sensibilität eines Eingriffs.

Zusammenfassend lässt sich also mE mit guten Gründen behaupten, dass das Recht auf Leben nach Art 2 EMRK dasjenige Grundrecht darstellt, bei dem etwaige Eingriffe in

---

[922] Vgl insb die EMRK und die Grundrechtscharta der EU.
[923] Auf dieses systematische Argument reflektiert auch *Grabenwarter*, EMRK § 20 Rz 1.
[924] Vgl dazu zB die Erläuterungen zur Grundrechtscharta der EU, abrufbar unter http://eur-lex.europa.eu, die wiederum auf Inhalt und Bedeutung der EMRK Bezug nehmen. Dass im Übrigen die Grundrechte nicht bloß als unzusammenhängende Einzelverbürgungen betrachtet werden können, sondern dass sie vielmehr als systematische Einheit zu verstehen sind (ohne dadurch aber schon so etwas wie eine hierarchisch gestufte „Wertordnung" zu begründen), deutet schon *Adamovich*, Grundrechte 22, an.
[925] Vgl auch *Grabenwarter*, EMRK § 20 Rz 1.
[926] Der Verweis auf „rechtmäßige Kriegshandlungen" erfasst insb das humanitäre Völkerrecht und steht daher mE in einer gewissen inhaltlichen Nahebeziehung zu Art 2 Abs 2 lit a EMRK über die Zulässigkeit der Notwehr bzw Nothilfe. Erfasst werden im Übrigen sowohl bewaffnete internationale als auch bloß nationale Konflikte; vgl dazu *Siess-Scherz*, Art 15 EMRK Rz 18.
[927] Vgl *Kucsko-Stadlmayer*, Strukturen Rz 66.

den Schutzbereich zwar nicht schon von vornherein zur Gänze ausgeschlossen sind, bei dem allerdings solche Eingriffe nur unter den restriktivsten Bedingungen in rechtlich zulässiger Weise gesetzt werden können. Insofern vertrete ich also die Meinung, dass Eingriffe in das Recht auf Leben die rechtlich sensibelsten darstellen.[928] Unter Erinnerung an die obigen Bemerkungen zur Relevanz der Grundrechte für die staatliche Organisation (siehe Punkt 7.4.3.2) bedeutet dies, dass für die Vornahme solcher Eingriffe die höchste demokratische Legitimation der zuständigen Erfüllungseinheiten der staatlichen Verwaltung gefordert ist, was im Ergebnis jede Einbindung nichtstaatlicher Rechtsträger - und damit eben auch und insb funktionelle Privatisierungen - jedenfalls für Eingriffe in das Recht auf Leben ausschließt.[929] Diesem Ergebnis kann schließlich auch nicht entgegenhalten werden, dass - wie in Punkt 9.3.2 erwähnt - vom Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1920 Konstellationen vorgefunden bzw (angeblich) stillschweigend übernommen wurden, in denen privaten Rechtsträgern im Rahmen ihrer Dienstversehung als „öffentliche Wachen" die Ermächtigung eingeräumt war, allenfalls auch lebensgefährdende Maßnahmen gegen „Verdächtige" zu setzen. Denn einmal ganz abgesehen davon, dass das Problem der zwangsläufig herabgesetzten demokratischen Legitimation bloß funktionell-staatlicher Organe vom ersten Verfassungsgesetzgeber wohl offenbar überhaupt nicht gesehen wurde (siehe Punkt 9.2.2.2), ist festzustellen, dass es zu dieser Zeit noch keine grundrechtliche Verbürgung des menschlichen Lebens gab.[930] Eine solche erfolgte ja bekanntlich erst durch die EMRK, die allerdings erst seit dem Jahre 1964 ausdrücklich dem Bestand der österreichischen Bundesverfassung angehört.[931]

---

[928] Ebenso zB *Schambeck*, Verfassungsgerichtsbarkeit 198 mwN in FN 71, wenn er das Recht auf Leben als „das wohl fundamentalste Grundrecht des Menschen" bezeichnet.

[929] AA aber wohl jüngst *Müller B.*, Regulation 156, demzufolge sogar die (teilweise) Erfüllung der militärischen Landesverteidigung durch ein privates Söldnerheer zulässig sein soll.

[930] Eine der EMRK entsprechende Verbürgung findet sich weder im StGG noch in einer anderen genuin innerstaatlichen Norm; lediglich Art 63 Abs 1 StV St. Germain enthält einen Bezug zur Absicherung des Rechts auf Leben, dessen Relevanz allerdings für die Praxis zu vernachlässigen ist und im Übrigen vor allem gleichheitsrechtliche Bedeutung hat; vgl zB *Kneihs*, Leib und Leben Rz 1 ff; *Eberhard*, Leben Rz 4/1.

[931] BGBl I 1964/59.

9.4.3 Ergebnis

Nachdem nun tatsächlich ein Grundrechtsgut identifiziert werden konnte, bei dem allfällige Eingriffe nur unter derart strengen Voraussetzungen zulässig sind, die sie im Vergleich zu allen anderen - nicht schon von vornherein absolut unzulässigen - Grundrechtseingriffen hervorheben und bei dem daher (auch und insb) von einem rechtsdogmatischen Standpunkt aus betrachtet solche Eingriffe als die sensibelsten bezeichnet werden können, ist eine Grenze gefunden, die jedenfalls vom einfachen Gesetzgeber im Rahmen funktioneller Privatisierungen beachtet werden muss. Insoweit stellen also jedenfalls solche Grundrechtseingriffe eine absolute qualitative Grenze dar bzw liegen - in der Diktion des VfGH gesprochen - „Kernaufgaben" vor.
Damit lässt sich nun als grundsätzliches Ergebnis festhalten: *immer dann, wenn es die Erfüllung einer Staatsaufgabe in Beachtung ihrer verpflichtenden Wirkung erforderlich machen kann, dass unter Ausübung der zur Aufgabenerfüllung gesetzlich vorgesehenen Befugnisse als ulitma ratio allenfalls auch lebensgefährdende bzw sogar gezielt lebensbeendende Maßnahmen gegen Menschen zu setzen sind, ist jede - weil stets und unvermeidlich mit einem gewissen Handlungs- bzw Entscheidungsspielraum verbundene - Beteiligung bloß funktionell-staatlicher Organ unzulässig, da diese aufgrund ihrer eigenen Rechtsträgerschaft bzw der fehlenden Eingliederung in den staatlichen Organkomplex gegenüber solchen unmittelbar staatlichen Organen unvermeidbar schwächer demokratischen legitimiert sind.*

In der Tatsache, dass sich aus der Sicht des qualitativen Elements eine jedenfalls zu beachtende absolute Grenze finden lässt, unterscheidet sich diese Situation mE dann aber doch auch wesentlich von jener, wie sie sich noch bei den oben in den Punkten 9.2 und 9.3 behandelten Konstellationen dargeboten hat. Dort wurde ja festgestellt, dass sowohl bei der Beurteilung des gesamten Phänomens der „nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligung" als auch bei der Beurteilung der einzelnen „im Grunde nach" zulässigen funktionellen Privatisierung (also einer solchen funktionellen Privatisierung, die nicht schon von vornherein jeder privaten Beteiligung entzogenen ist und daher keine „Kernaufgabe" betrifft) keine eindeutige Grenze zu identifizieren ist, ab der das Maß der jeweils verwirklichten demokratischen Legitimation als jedenfalls zu gering zu beurteilen ist. Während es also dort aufgrund der thematischen Unbestimmtheit der

einschlägigen Verfassungsbestimmungen iVm der Pflicht des VfGH, jedenfalls eine Entscheidung zu treffen, noch unausweichlich war, dass er bei eben dieser Entscheidung auch in einem nicht unwesentlichen Maße rechtspolitisch tätig wird, kann bei der Suche nach staatlichen Betätigungsfeldern, die zwingend staatlichen Organen im organisatorischen Sinn vorbehalten sind (die also absolute qualitative Grenzen bzw „Kernaufgaben" bilden), schon eine solche scharfe Grenze gefunden werden. Damit entfällt hier mE dann aber auch die Notwendigkeit, dass der VfGH in seiner jeweiligen Entscheidung, ob es sich denn nun um staatliche „Kernaufgaben" handelt oder nicht, (auch) politisch tätig wird, indem er die Grenze, ab der angeblich „Kernaufgaben" vorliegen würden, quasi über Art 2 EMRK hinausgehend „nach vor verlegt" und die gesamte - wohl insgesamt eingriffsintensive, aber eben doch auch in dieser Eingriffsintensität nach den jeweiligen Aufgaben und Befugnissen entsprechend abgestufte - Materie der allgemeinen Sicherheitspolizei zur „Kernaufgabe" erklärt. Und das auch noch (wie in VfSlg 14.473/1996) ohne jeder dogmatischen Begründung, wobei dieser Mangel nach den bisher erzielten Ergebnissen mE auch gar nicht verwundern kann; ist er doch ganz offensichtlich nur die Konsequenz der Tatsache, dass sich entsprechend überzeugende dogmatische Ansatzpunkt für eine solche „vor" Art 2 EMRK liegende Grenze eben nicht finden lassen.[932] Vielmehr bin ich der Ansicht, dass der VfGH in Anerkennung der Verfassung als Rahmenordnung eine solche politische Entscheidung dem einfachen Gesetzgeber zu überlassen hat, solange eben nicht die oben herausgearbeitete absolute Grenze des Art 2 EMRK erreicht ist oder sich etwa aus anderen verfassungsrechtlichen Bestimmungen die Beteiligung Privater verbietet (wie dies zB zu den organisatorischen Bestimmungen der Art 78a B-VG und Art 78d B-VG gezeigt wurde).[933]

---

[932] Wie ich oben in Punkt 7.3 versucht habe zu zeigen, spricht die im objektiven Staatsrecht zum Ausdruck gebrachte Bedeutung der allgemeinen Sicherheitspolizei wohl für ein entsprechend hohes - trotz allem aber nicht exakt messbares - Maß an demokratischer Legitimation der eingesetzten Organe. Ein gänzlicher Vorbehalt der Erfüllung von Aufgaben der allgemeinen Sicherheitspolizei für staatliche Organe im organisatorischen Sinn lässt daraus aber mE noch nicht begründen.

[933] Ganz in diesem Sinn wohl auch *Schambeck*, Verfassungsgerichtsbarkeit 197, wenn er unter Berufung auf *Korinek*, VVDStRL 39, 26 ff, 45 ff zu dem Ergebnis kommt: "Die Kontrolldichte des Verfassungsgerichtshofs richtet sich nach der Regelungsdichte des Verfassungsrechts und diese nach der Justitiabilität der Normen, welche letztlich der Maßstab für die Normen sind. Wo daher die rechtliche Möglichkeit der Verfassungsinterpretation durch den Verfassungsgerichtshof endet, eröffnet sich die Möglichkeit der Rechtssetzung durch den Gesetzgeber nach der politischen Entscheidung. Im demokratischen Rechtsstaat kann das parlamentarische Rechtserzeugungsverfahren auch durch keine verfassungsgerichtliche Interpretation ersetzt werden."; siehe weiters *Öhlinger*, Wandel 7; *Öhlinger*, Demokratie 229 ff; *Pürgy*, Verfassungsverständnis 19; siehe im Zusammenhang mit Kernaufgaben insb

Was dies nun konkret für die Materie der allgemeinen Sicherheitspolizei iSd SPG bedeutet, wird unten in Punkt 10 näher untersucht. Zuvor soll aber noch unter Heranziehung und Verwertung aller bislang erzielten Ergebnisse ein Vorschlag unterbreitet werden, wie denn hinkünftig einfachgesetzlich umgesetzte „nichtstaatliche Erfüllungsbeteiligungen" - und damit auch funktionelle Privatisierungen - auf ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit geprüft werden können. Auch wenn sich hierbei - wie gezeigt - über weite Strecken keine scharfen Grenzen finden lassen, die die Entscheidung über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer konkreten „nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligung" exakt festlegen würden, so soll durch dieses Prüfschema zumindest aber doch gewährleistet werden, dass die Struktur in den Begründungen einschlägiger verfassungsgerichtlicher Entscheidungen ein Stück weit rationaler und damit letztlich allgemein nachvollziehbarer wird. Jedenfalls sollte bei Beachtung dieses Prüfschemas aber ein Beitrag dazu möglich sein, dass zukünftig vergleichbare Fälle zu vergleichbaren verfassungsgerichtlichen Ergebnissen führen und insoweit diese Ergebnisse für den Verfassungsanwender - also insb den einfachen Gesetzgeber - auch entsprechend vorhersehbarer werden.[934]

9.5 Vorschlag eines Prüfschemas

Erster Schritt („Kernaufgaben"):

Es ist zu prüfen, ob die zu beurteilende nichtstaatliche Erfüllungsbeteiligung überhaupt „dem Grunde nach" zulässig ist, oder maW: ob es sich um einen solchen staatlichen Betätigungsbereich handelt, der nicht schon von vornherein jeder nichtstaatlichen Beteiligung unzugänglich ist. Eine etwaige Unzulässigkeit kann sich dabei schon aus einer ausdrücklichen Bestimmung ergeben (wiewohl mir eine solche aber bislang in der

---

auch *Korinek*, Bedingungen 53, sowie *Raschauer*, Rechtsfortbildung 19 f; weiters *Stelzer*, Wesensgehaltsargument 315, 318, der im Falle vager Entscheidungsgrundlagen ebenfalls den Vorrang des einfachen Gesetzgebers bei der Definition öffentlicher Interessen und der Auswahl der Mittel ihrer Durchsetzung hervorhebt; im Ergebnis ebenso *Pöschl*, Gleichheit 180, 188 f; letztlich ist es aber gerade der VfGH selbst, der die politische Entscheidungsfindung durch den einfachen Gesetzgeber besonders betont und sich insoweit zur Zurückhaltung mahnt, so insb in VfSlg 8806/1980, VfSlg 12.465/1990, VfSlg 16.911/2003.

[934] Vgl dazu insb die von *Raschauer*, Rechtsfortbildung 20, geübte Kritik zur bisherigen Judikatur: „Es ist auch kaum möglich, Lehren aus den bisher ergangenen Entscheidungen zu ziehen."

österreichischen Verfassung nicht ersichtlich ist), sowie insb aus der Interpretation organisationsrechtlicher Bestimmungen oder aber auch aus der Tatsache, dass die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe als ultima ratio einen Eingriff in das Recht auf Leben iSd Art 2 EMRK gebietet.

Zweiter Schritt (die einzelne „nichtstaatliche Erfüllungsbeteiligung"):
Handelt es sich nicht um „Kernaufgaben" iSd ersten Prüfschritts, so ist nun zu untersuchen, ob dem jeweils obersten Organ solche umfassende Ingerenzmöglichkeiten eingeräumt sind, die die zur Erfüllung staatlicher Aufgaben herangezogenen nichtstaatlichen Rechtsträger in ausreichendem Maße demokratisch legitimieren. Aufgrund der diesbezüglichen Unbestimmtheit der verfassungsrechtlichen Bestimmungen verbleibt hier allerdings ein denkbar weiter Beurteilungsspielraum, den zu konkretisieren letztlich dem VfGH obliegt. Als Grundsatz gilt jedenfalls: *je wichtiger die dem Staat zuzurechnende Aufgabe bzw die Befugnis ist, desto intensiver und umfassender müssen die dem obersten Organ eingeräumten Einwirkungs-, Gestaltungs- und Sanktionsmöglichkeiten sein.*

Dritter Schritt (allfällige „Bereichsabwägung"):
Nun ist zu untersuchen, ob hinsichtlich der von der jeweiligen nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligung betroffenen Verwaltungstätigkeit der Verfassungsgesetzgeber eine „Bereichsabgrenzung" zum Zwecke einer „Bereichsabwägung" angeordnet hat. Dies würde bedeuten, dass schon innerhalb des insoweit bestimmten Teilbereichs der staatlichen Verwaltung zu prüfen ist, ob gemessen an den bislang in diesem Bereich bereits verwirklichten funktionell-staatlichen Erfüllungsbeteiligungen keine weiteren Maßnahmen mehr zulässig sind oder ob doch noch Spielraum für weitere Einbindungen nichtstaatlicher Rechtsträger in diesem Verwaltungsbereich besteht. *Eine solche „Bereichsabwägung" hat jedoch nur dann stattzufinden, wenn sich eine diesbezügliche Anordnung des Verfassungsgesetzgebers nachweisen lässt.* Ist dies nicht der Fall, so ist gleich nach Schritt vier vorzugehen. Positiven Falls gilt aber als allgemeiner Grundsatz: *je wichtiger die betroffenen staatlichen Kompetenzen (also staatliche Aufgaben bzw Befugnisse) sind, desto weniger dürfen davon innerhalb des zu beachtenden Verwaltungsbereichs auf nichtstaatliche Rechtsträger übertragen werden.*

Vierter Schritt (das gesamte Phänomen der „nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligung“):
In einem vierten und letzten Schritt wäre schließlich zu prüfen, ob über die Betrachtung der einzelnen nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligung sowie einer allfällig angeordneten „Bereichsabwägung“ hinaus auch das System der staatlichen Verwaltung als Gesamtheit noch genügend „Spielraum“ dafür bietet, eine (weitere) solche Maßnahme zu „verkraften“. Auch hier geht es wieder darum, die durch die Abweichung vom Grundmodell der unmittelbar staatlichen Verwaltung unweigerlich hervorgerufene Abschwächung der demokratischen Legitimation entsprechend zu beurteilen. So wie schon im dritten Prüfschritt - nunmehr allerdings bezogen auf die staatliche Verwaltung als Gesamtheit - gilt wiederum als allgemeiner Grundsatz: *je wichtiger die betroffenen staatlichen Kompetenzen sind, desto weniger dürfen auf nichtstaatliche Rechtsträger übertragen werden.*
Nach alldem bisher Gesagten erübrigt es sich wohl festzuhalten, dass auch und gerade zur Durchführung dieses letzten Prüfschritts konkrete dogmatische Ansatzpunkte fehlen und daher dem VfGH auch und gerade hier wieder ein überaus weiter Beurteilungsspielraum zukommt. Auch wenn es daher durchaus schwierig sein mag, zu stichhaltigen Ergebnissen zu kommen, so kann dies dennoch nichts an der Notwendigkeit einer solchen Prüfung ändern.

3. Teil
Ergebnisse für die allgemeine Sicherheitspolizei

10. Art 2 EMRK und die allg. Sicherheitspolizei

10.1 Allgemeine Bemerkungen

Hier soll es nun um die Beantwortung der Frage gehen, welche Konsequenzen die absolute qualitative Grenze des Art 2 EMRK für etwaig beabsichtigte funktionelle Privatisierungen im Bereich der Aufgaben und Befugnisse der §§ 19 ff SPG und §§ 28 ff SPG hat. Konkret wird dabei zu untersuchen sein, welche der genannten Aufgaben und der zu ihrer Erfüllung zur Verfügung stehenden Befugnisse im Lichte der Ausnahme- bzw Erlaubnistatbestände der Art 2 Abs 2 lit a bis c EMRK allenfalls auch lebensgefährdende bzw gezielt lebensbeendende Maßnahmen erlauben bzw sogar erfordern können und die damit nicht auf Private übertragen werden dürfen. Dass es hierbei natürlich auch (oder besser: vor allem) darum geht, die Aussage des VfGH zum Charakter der allgemeinen Sicherheitspolizei als angeblich jedenfalls entstaatlichungsresistenter „Kernaufgabe“ einer abschließenden rechtsdogmatischen Beurteilung zuzuführen, soll nicht verschwiegen werden; handelt es sich dabei doch um den eigentlichen Themenschwerpunkt dieser Arbeit.

Damit steht in diesem Punkt also die erste Stufe des oben vorgestellten Prüfschemas im Blickpunkt des Interesses. Überlegungen zur Stufe zwei unter spezieller Bezugnahme auf den hier vorliegenden Untersuchungsgegenstand der allgemeinen Sicherheitspolizei wurden bereits in Punkt 9.3.2 vorgenommen. Zu einer näheren Auseinandersetzung mit dem vierten Prüfschritt müssten dagegen noch wesentlich umfangreichere Untersuchungen - und zwar mit Bezug zu allen Einbindungen nichtstaatlicher

Rechtsträger auf welchem Gebiet der staatlichen Verwaltung auch immer - angestellt werden, da es ja in diesem Zusammenhang um die Staatsfunktion Verwaltung als Gesamtheit geht. Solche Untersuchungen bilden aber nicht das eigentliche Thema dieser Arbeit und würden darüber hinaus ihren Rahmen sprengen; sie werden daher hier nicht durchgeführt (siehe schon Punkt 9.2.1). Der dritte Prüfschritt („Bereichsabwägung“) schließlich kann in gegebenem Zusammenhang mit der allgemeinen Sicherheitspolizei mE ohnehin entfallen (siehe Punkt 7.3.3).

10.2 Art 2 Abs 2 lit a EMRK (Notwehr und Nothilfe)

Nach Art 2 Abs 2 lit a EMRK ist die Tötung (sowie die hinreichend ernstliche Lebensbedrohung[935]) eines Menschen dann nicht rechtswidrig, wenn sie zur Sicherstellung der Verteidigung eines Menschen gegenüber rechtswidriger Gewaltanwendung erfolgt.

Damit ist einmal die Aufgabe des § 21 Abs 2 SPG näher zu untersuchen, die zur unverzüglichen Beendigung gefährlicher Angriffe - und damit eben auch zur Vereidigung von Menschen gegen rechtswidrige Gewaltanwendung entsprechend der einzelnen von § 16 Abs 2 SPG erfassten Deliktstatbestände - verpflichtet. Wie bereits in Punkt 7.4.2.2 ausgeführt wurde, handelt es sich gerade bei der Materie der allgemeinen Sicherheitspolizei aufgrund ihres äußerst engen Nahebezugs zum Kriminalstrafrecht um eine besonderes eingriffsintensive. Die Erfüllung dieser Aufgabe kann es nun von den Staatsorganen erfordern, zur Überwindung eines von einem Gefährder ausgehenden Gewalt- und Aggressionspotentials ihrerseits entsprechende physisch wirksame Maßnahmen zu setzen, wie dies ja auch den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes in den §§ 33 und 50 SPG erlaubt wird. In letzter Konsequenz kann dies sogar die Vornahme lebensgefährdender Maßnahmen erfordern, und zwar nicht nur im einsatztaktischen Sinn, sondern - einmal ganz von Art 78a Abs 2 B-VG abgesehen - in Beachtung der Schutzpflicht des Art 2 Abs 1 EMRK iVm § 7 Z 1

[935] Siehe dazu zB *Kneihs*, Leib und Leben Rz 9 ff; weiters *Eberhard*, Leben Rz 4/2 f; *Grabenwarter*, EMRK § 20 Rz 5; VfSlg 15.046/1997.

Waffengebrauchsgesetz (WGG) auch (schon) im (grund-) rechtlichen Sinn. Damit wiederum lässt sich nun im Ergebnis feststellen, dass die Erfüllung der Aufgabe nach § 21 Abs 2 SPG - jedenfalls in dieser Weite - nicht an Private übertragen werden kann.

Nun ist an dieser Stelle aber auch festzuhalten, dass diese Unzulässigkeit mE nur aus der sehr pauschalen Formulierung des § 21 Abs 2 SPG resultiert. Denn diese Aufgabe erfasst eben alle gefährlichen Angriffe iSd § 16 Abs 2 SPG, also angefangen beim umgangssprachlich gern als „Hendldieb" bezeichneten Bagatellfall bis hin zum skrupellosen „Berufskiller" oder zum geplanten Terroranschlag mit unzähligen Toten und Verletzten. Es bedarf wohl keine näheren Ausführungen, dass nicht jeder dieser Fälle tatsächlich lebensbedrohende Maßnahmen nach Art 2 Abs 2 lit a EMRK zur Beendigung der von ihnen ausgehenden Gefahr rechtfertigt. Denn auch wenn es in der Literatur durchaus strittig sein mag, ob Art 2 Abs 2 lit a EMRK auch die Verteidigung von bloßem Vermögen erfasst oder nicht,[936] so ist wohl jedenfalls völlig unstrittig, dass - gemäß dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz - vom genannten Erlaubnistatbestand des Art 2 Abs 2 lit a EMRK die erwähnten Bagatellfälle keinesfalls gemeint sein können.
Zur Erzielung der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit einer etwaigen Einbindung Privater könnte man nun in einer Betrachtung de lege ferenda einmal daran denken, den zur Erfüllung der Aufgabe nach § 21 Abs 2 SPG herangezogenen Privaten einfach nur die Befugnis zur Setzung lebensgefährdender Maßnahmen vorzuenthalten. Es ließe sich zum Beispiel formulieren, dass Privaten die Erfüllung der Aufgabe zur Beendigung gefährlicher Angriffe nur insoweit übertragen wird, als dazu nicht die Setzung lebensgefährdender Maßnahme erforderlich ist. Die verpflichtend wirkende Aufgabe würde sich also ausdrücklich nur auf diese „mindergefährlichen" Fälle beziehen; die Ausübung der Befugnis zur Notwehr oder Nothilfe iSd § 3 StGB oder einer allfälligen lex specialis würde daher den Privaten eben „nur" als sogenannte „Jedermannbefugnis" zur Verfügung stehen, ohne dass eine Staatsaufgabe dazu verpflichten würde, von dieser Befugnis auch tatsächlich Gebrauch zu machen.[937]

---

[936] Siehe dazu insb die Literaturhinweise bei *Kopetzki*, Art 2 EMRK FN 214 einerseits sowie FN 215 andererseits.

[937] Im Grunde wäre diese Konstellation auch gar nichts Neues, wie ein Blick auf § 12 Abs 2 Waffengebrauchsgesetz (WGG) zeigt; diese Bestimmung räumt nämlich dem einzelnen Angehörigen einer geschlossenen Einheit (Art 78d B-VG iVm § 11 WGG) das Recht zur Setzung eines Waffengebrauchs zum Zweck der Notwehr ein, ohne dass eine exekutivdienstliche Aufgabe ersichtlich

Eine andere Möglichkeit zur Erzielung der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit der Beteiligung Privater an der Aufgabe zur Beendigung gefährlicher Angriffe wäre, in der Formulierung der Aufgabe ausdrücklich zwischen den einzelnen Tatbeständen der gefährlichen Angriffe entsprechend zu differenzieren und einfachgesetzlich klarzustellen, bei welchen Deliktstatbeständen keinesfalls lebensgefährdende Maßnahmen gesetzt werden dürfen und bei welchen es dagegen zur Beurteilung der Zulässigkeit eines lebensgefährdenden Waffengebrauchs jeweils auf die Umstände des Einzelfalls ankommt. Auch im Falle einer solchen Kategorisierung stünde einer Beteiligung Privater an der Erfüllung der Aufgabe zur Beendigung „weniger gefährlicher Angriffe“ (wo dann also ausdrücklich keine lebensgefährdenden Maßnahmen zulässig sind) die absolute Grenze Art 2 EMRK nicht mehr im Wege. Im Übrigen sei an dieser Stelle auch gesagt, dass eine solche „kategorisierende Klarstellung“ nicht nur im Falle einer etwaigen Beteiligung Privater von Vorteil wäre, sondern dass diese Klarstellung auch ein Beitrag zu einer rechtsstaatlichen Formulierung des für die Organe der Bundespolizei und der Gemeindewachkörper geltenden § 7 Z 3 Waffengebrauchsgesetz geleistet werden könnte. Nach dieser Bestimmung ist der lebensgefährdende Waffengebrauch iSd Art 2 EMRK nämlich zulässig „zur Erzwingung der Festnahme oder Verhinderung des Entkommens einer Person, die einer gerichtlich strafbaren Handlung, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist, überwiesen oder dringend verdächtig ist, die für sich allein oder in Verbindung mit ihrem Verhalten bei der Festnahme oder Entweichung sie als einen für die Sicherheit des Staates, der Person oder des Eigentums allgemein gefährlichen Menschen kennzeichnet“. Ganz ähnlich auch § 7 Z 4 WGG, demzufolge der lebensgefährdende Waffengebrauch zulässig ist „zur Erzwingung der Festnahme oder Verhinderung des Entkommens eines Geisteskranken, der für die Sicherheit der Person oder des Eigentums allgemein gefährlich ist“. Ohne hier näher ins Detail gehen zu können, so erachte ich es aber doch gerade bei der Regelung des sensibelsten aller denkbar zulässigen Grundrechtseingriffe als nicht mit modernen rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar, wenn der Gesetzgeber im Wesentlichen nur auf die „allgemeine Gefährlichkeit“ des jeweiligen Gefährders

---

wäre, die zur Ausübung dieser Befugnis verpflichten würde; zum mE äußert problematischen Fall des § 11 Abs 1 Z 3 GOG siehe unten Punkt 12.2.

abstellt.[938] Denn mE ist es äußert unbestimmt, wann denn nun jemand „allgemein gefährlich“ ist. Bei „einfachen“ Diebstählen, „leichten“ Körperverletzungen oder Sachbeschädigungen scheint die Lage noch relativ klar iSd Unzulässigkeit eines lebensgefährdenden Waffengebrauchs zu sein. Aber was gilt zB bei erpresserischen Entführungen oder bei einem Bankraub? Machen solche Delikte den Täter schon per se allgemein gefährlich? Oder erst im Wiederholungsfall und wenn ja, beim wievielten? ME würde es dem einfachen Gesetzgeber zukommen, diese und ähnliche Fragen gerade bei der Regelung des lebensgefährdenden Waffengebrauchs so eingehend als möglich mit der einer gesetzlichen Regelung ganz allgemein zukommenden Verbindlichkeit und Publizität zu beantworten; etwaige - bloß verwaltungsinterne - ministerielle Erlässe können dies dagegen nicht in der gleichen Weise leisten. ME wäre ein solcher Beitrag zu „mehr“ Rechtsstaatlichkeit - wie oben vorgeschlagen - zunächst einmal über den Weg der Differenzierung nach den einzelnen Delikten möglich, wiewohl dann aber sicher noch immer ein denkbar großer (aber wenigstens doch ein kleinerer) Beurteilungsspielraum für die amtshandelnden Organe verbleiben würde.

Neben der Aufgabe zur unverzüglichen Beendigung gefährlicher Angriffe nach § 21 Abs 2 SPG durch die Ausübung von Zwang iSd §§ 33, 50 SPG ist aber auch die in § 19 SPG geregelte erste allgemeine Hilfeleistungspflicht iVm der Befugnis nach § 32 Abs 2 letzter Satz SPG näher zu betrachten. Diese Befugnis gestattet lebensgefährdende Maßnahmen zur Rettung des Lebens von Menschen.[939] Nach der Systematik des § 32 SPG wird man allerdings davon auszugehen haben, dass derartige Maßnahmen nur gegenüber dem für die Gefährdung Verantwortlichen[940] sowie gegenüber durch den Anlassfall aktuell und akut bedrohten Personen gesetzt werden dürfen.[941] Für Rechtseingriffe gegenüber völlig unbeteiligten Dritten gilt dagegen in jedem Fall ein „verschärftes Verhältnismäßigkeitskalkül“, wonach der durch die jeweilige Maßnahme abzuwendende Schaden die dadurch verursachte Rechtsgutverletzung offenkundig und

[938] Ähnlich auch *Weber/Schlag*, Sicherheitspolizei 102 ff, zur allgemeinen Befugnis des § 33 SPG.
[939] Zur Rettung bloßer Sachwerte oder anderer Rechtsgüter dürfen derart schwerwiegende Maßnahmen also schon von vornherein nicht gesetzt werden; vgl *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 307.
[940] So auch *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 307; für die „Verantwortung“ reicht nicht die bloße Verursachung im naturwissenschaftlichen Sinn aus, sondern es ist die Zurechnung der Gefährdung zu einer bestimmten Person nach normativ-wertenden Maßstäben gefordert.
[941] Insoweit gehe ich über die Ausführungen bei *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 307, hinaus; explizit gegen die hier vertretende Auffassung sind die genannten Autoren allerdings auch nicht.

erheblich übersteigen muss (§ 32 Abs 1 SPG). Lebensgefährdungen zulasten dieser unbeteiligten Dritten werden daher auch in jenen Fällen nicht gerechtfertigt sein, in denen im Zuge der EAH das Leben eines anderen Menschen gerettet werden soll (da bei der Abwägung des Lebens des einen gegen das Leben eines anderen Menschen wohl nicht von der Erfüllung des verschärften Verhältnismäßigkeitsgebots gesprochen werden kann).[942]

Aber können nun auch selbständige Private mit der Erfüllung dieser Aufgaben-Befugnis-Anordnung im Sinn einer funktionellen Privatisierung betraut werden? ME wird man hier wohl zwischen den zwei schon angedeuteten Fällen zu unterscheiden haben:

- erstens, ob lebensgefährdende Maßnahmen gegen den für die Gefährdung verantwortlichen Mensch gesetzt werden, um einen von diesem unterschiedlichen Mensch zu retten, oder
- zweitens, ob durch diese Maßnahmen die ohnehin schon durch den Anlassfall aktuell bedrohte Person selbst gerettet werden soll.

Die erste Variante (Lebensgefährdung des Gefährdungsverantwortlichen zur Rettung des Lebens eines anderen Menschen) unterscheidet sich von der oben erörterten Aufgabe zur Beendigung eines gefährlichen Angriffs nach § 21 Abs 2 SPG iVm der Ermächtigung zur Setzung lebensgefährdender Maßnahmen im Lichte der hier interessierenden Frage nach der Zulässigkeit funktioneller Privatisierungen mE in keinen wesentlichen Punkten. Sowohl nach § 21 Abs 2 SPG iVm §§ 33, 50 SPG als auch nach § 19 SPG iVm §§ 32 Abs 2 letzter Satz, 50 SPG kann als letzte verbleibende Möglichkeit sogar in das Recht auf Leben des Gefährdungsverantwortlichen zugunsten des Lebens des zu Rettenden eingegriffen werden. In beiden Fällen können also je nach

[942] Der ebenso schwierigen wie heiklen Frage, ob dies auch dann gilt, wenn zur Rettung mehrer oder gar vieler Menschen „nur" ein einzelner Unbeteiligter einer akuten Lebensbedrohung ausgesetzt werden soll, kann hier nicht nachgegangen werden. Im Übrigen wurde oben im Text ganz bewusst das Wort „gerechtfertigt" verwendet, denn es könnte ja durchaus diskutiert werden, ob im Fall der Widerrechtlichkeit einer hier gemeinten Lebensbedrohung eines einzelnen Unbeteiligten zur Rettung mehrerer anderer Menschen nicht doch eine „Entschuldigung" im strafrechtlichen Sinn zugunsten der handelnden Exekutivorgane in Erwägung zu ziehen ist; aber auch dieser Aspekt kann hier nicht weiter verfolgt werden. Für die weitere Untersuchung soll daher davon ausgegangen werden, dass lebensbedrohende Maßnahmen im Zuge der Erfüllung des § 19 SPG nur gegen den für die Gefährdung Verantwortlichen sowie gegenüber aktuell gefährdeten Personen zu deren eigenen Rettung gesetzt werden dürfen. Siehe dazu insgesamt zB den jüngst erschienen Beitrag von *Grechenig/Lachmayer*, Zur Abwägung von Menschenleben – Gedanken zur Leistungsfähigkeit der Verfassung, JRP 2011, 35 ff.

Einsatzlage die rechtlich sensibelsten (aber dennoch allenfalls zulässigen) Grundrechtseingriffe gesetzt werden. Dass das eine Mal ein strafrechtsakzessorischer gefährlicher Angriff iSd § 16 Abs 2 und 3 SPG (damit also jedenfalls ein vorsätzliches Verhalten des Gefährders) das auslösende Ereignis darstellt, das andere Mal dagegen bloß ein fahrlässiges Verhalten des für die Gefahr Verantwortlichen (womit jedenfalls kein gefährlicher Angriff iSd § 16 SPG vorliegt), wird zwar jedenfalls im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung und der damit in Zusammenhang stehenden Identifizierung eines „Gefährdungsverantwortlichen" bzw der Subsumtion des von diesem gesetzten Verhaltens unter den Begriff der „rechtswidrigen Gewaltanwendung" iSd Art 2 Abs 2 lit a EMRK entsprechend zu beachten sein, kann aber unter dem Gesichtspunkt der bestehenden Verpflichtung zur Erfüllung der Aufgabe nach § 19 SPG durch die Setzung entsprechender Maßnahmen keinen Unterschied machen.[943] Im Zuge beider Aufgaben-Befugnis-Konstellationen ist daher aufgrund der mit ihrer Erfüllung jeweils verbunden grundrechtsrelevanten Konsequenzen gemäß dem in dieser Arbeit vertretenen Ansatz mE unbedingt die höchstmögliche demokratische Legitimation dieser Organe gefordert. Dies wiederum kann aber gemäß den demokratisch-rechtsstaatlichen Strukturen der österreichischen Bundesverfassung nur durch den Einsatz staatlicher Organe im organisatorischen Sinn verwirklicht werden.

Im Ergebnis kann daher festgestellt werden, dass neben der Konstellation des § 21 Abs 2 SPG iVm der Befugnis iSd §§ 30, 50 SPG auch die Verpflichtung zur Leistung der ersten allgemeinen Hilfe nach § 19 SPG unter der Einräumung der Befugnis, dabei lebensgefährdende Maßnahmen zur Rettung eines anderen Menschen zu setzen (§§ 32 Abs 2 letzter Satz, 50 SPG), eine absolute qualitative Grenze für den einfachen Gesetzgeber hinsichtlich funktioneller Privatisierungen bildet. Im Fall der tatsächlichen Einbindung Privater in die Erfüllung der Aufgabe des § 19 SPG ließe sich daher mE in verfassungskonformer Weise zB formulieren, dass diesen Privaten gegenüber diese Aufgabe nur soweit besteht, als keine lebensgefährdenden Maßnahmen notwendig sind, um das Lebens eines von dem für die Gefährdung Verantwortlichen unterschiedlichen Menschen zu retten. Dagegen kommt eine Art Kategorisierung der verschiedenen Einsatzlagen - wie dies ja noch oben zur Aufgabe des § 21 Abs 2 SPG anhand einer

[943] Nur der Vollständigkeit halber sei ausdrücklich festgehalten, dass bei jedem staatlichen Einschreiten die absolute Garantien des Art 3 EMRK gelten und diese daher auch bei der Setzung von Maßnahmen gegen den „Gefährdungsverantwortlichen" iSd § 32 Abs 2 SPG unbedingt zu beachten sind.

Differenzierung nach den einzelnen Deliktstatbeständen iSe gefährlichen Angriffs nach § 16 Abs 2 SPG vorgeschlagen wurde - nicht in Betracht. Zu unterschiedlich sind hier alle denkbaren Situationen, um sie in detaillierter Weise tatbestandsmäßig beschreiben zu können. Nichtsdestotrotz wäre es mE aber dennoch wünschenswert, wenn der Gesetzgeber - und zwar auch zur derzeit aktuellen Rechtslage der Befugnis des § 32 Abs 2 letzter Satz SPG für die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes - (wenn auch nur allgemeine) Anhaltspunkte dafür angeben würde, wann lebensgefährdende Maßnahmen zur Rettung des Lebens von Menschen nun gerechtfertig bzw im Zusammenhang mit der Aufgabe des § 19 SPG sogar notwendig sind. Die allgemeine Norm des § 29 SPG über die Verhältnismäßigkeit bleibt im gegebenen Zusammenhang trotz aller erkennbaren Bemühungen des Gesetzgebers immer noch relativ unbestimmt und lastet daher dem einzelnen Organ im konkreten Einsatz ein gehöriges Maß an Verantwortung auf.

Anders als bei der obigen Konstellation stellt sich die Situation mE aber in der zweiten Variante (Setzung von mit akuter Lebensgefährdung verbundenen Hilfsmaßnahmen gegenüber zu Rettenden[944]) dar. In diesen Fällen führen beide möglichen Verhaltensweisen der dem Staat zuzurechnenden Retter (also sowohl aktives Handeln als auch die bloß passive Untätigkeit) zu entsprechend wahrscheinlichen Rechtsgutbeeinträchtigungen derselben Person(en). Etwas untechnisch könnte man daher auch sagen, dass es in den hier erfassten Situationen aus der Sicht der (jedenfalls) Gefährdeten und zugleich vom staatlichen Handeln unmittelbar Betroffenen vorrangig einmal von Bedeutung ist, dass überhaupt jemand in helfender Absicht einschreitet.[945] Unter diesem Blickwinkel sind diese Situationen daher nicht von riskanten - aber dennoch notwendigen - Sofortmaßnahmen in medizinischen Notfällen zu unterscheiden. Natürlich haben auch in diesen Fällen die Helfer entsprechende Abwägungen im Hinblick auf das jeweils adäquate Einschreiten vorzunehmen; eine

[944] ZB waghalsige Rettungs- oder Bergeaktionen in großer Höhe im Zuge eines Brandes oder zur Sicherung eines Selbstmörders, der sich von einem Gebäude oder einer Brücke stürzen will; oder heftig ausgeführte Reanimationsmaßnahmen an zierlich gebauten Personen, bei denen die akute Gefahr eines Bruchs des Brustbeins oder von Rippen gegeben ist, die ihrerseits wiederum lebensgefährliche innere Verletzungen hervorrufen können.

[945] Siehe auch *Weber/Schlag*, Sicherheitspolizei 42, die ebenfalls die Tatsache hervorheben, dass § 19 SPG offensichtlich (die ausdrückliche oder zumindest vermutliche rechtlich relevante) Zustimmung des vom Handeln unmittelbar Betroffenen verlangt; siehe auch *Funk*, Verwaltungsakt 108 ff, 212, wonach auch das staatliche Handeln gegenüber Bewusstlosen als hoheitlicher Verwaltungsakt zu qualifizieren ist.

verfassungsrechtliche Vorgabe aber, die ein solches (wenn auch riskantes) Einschreiten unbedingt unmittelbar staatlichen Organen vorbehalten würde, ist aber aufgrund der gegenüber der unmittelbar betroffenen Person immer nur als helfend in Erscheinung tretenden Absicht des Tätigwerdens mE nicht zu erkennen. Dogmatisch finden diese Überlegungen im Wortlaut des Art 2 Abs 2 lit a EMRK insoweit ihren Niederschlag, als dort ausdrücklich von der „Verteidigung eines Menschen gegenüber rechtswidriger Gewaltanwendung" die Rede ist. Mit dieser Formulierung sind ganz offensichtlich nur jene Fälle gemeint, in denen Maßnahmen gegen Menschen gesetzt werden, die für eine Gefährdung anderer Menschen verantwortlich sind. Das Einschreiten gegenüber und zugunsten von Personen, die „ohnehin" (also schon ohne staatliches Zutun) aktuell und akut gefährdet sind, wird dagegen vom genannten Erlaubnistatbestand mE nicht erfasst. Vielmehr liegt aufgrund der in Art 2 Abs 1 EMRK normierten Schutzpflicht schon ganz grundsätzlich die Obliegenheit des Staates vor, in solchen Fällen helfend tätig zu werden und das bedrohte menschliche Leben nach Möglichkeit zu schützen.[946]

Als Ergebnis bleibt daher mE festzustellen, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht auch selbständige Private mit der Aufgabe betraut werden können, zur Leistung erster Hilfe iSd § 19 SPG erforderlichen Falls auch riskante, allenfalls sogar lebensgefährdende Maßnahmen gegenüber jenen Personen zu setzen, die bereits von dem die Verpflichtung des § 19 SPG indizierenden Anlassfall - und damit schon ohne jedes staatliche „Zutun" - von einer lebensbedrohenden Situation unmittelbar betroffen sind. Dass es sich hierbei auch um gar nichts wirklich Neues handelt, zeigen ja schon zB die Bestimmungen über private Krankenanstalten gemäß den §§ 39 ff Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz. Auch im Rahmen dieser privaten Anstalten dürfen (bzw müssen) in medizinischen Notfällen lebensgefährdenden Maßnahmen der hier diskutierten Art gesetzt werden, ohne dass die Zulässigkeit dieser Bestimmungen - soweit ersichtlich - schon jemals aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten in Zweifel gezogen wurde.

[946] Vgl zu alldem zB *Grabenwarter*, EMRK § 20 Rz 16 ff.

10.3 Art 2 Abs 2 lit b EMRK (Verhinderung der Flucht)

Nach diesem Erlaubnistatbestand wird die Tötung eines Menschen dann nicht als Verletzung des Art 2 EMRK betrachtet, wenn sie sich aus einer unbedingt erforderlichen Gewaltanwendung ergibt, um eine ordnungsgemäße Festnahme durchzuführen oder um das Entkommen einer ordnungsgemäß festgehaltenen Person zu verhindern.

Zunächst ist im Zusammenhang mit diesem Erlaubnistatbestand einmal festzuhalten, dass Festnahmen bzw die daran anschließenden Anhaltungen als freiheitsentziehende Maßnahmen iSd Art 5 EMRK bzw des PersFrG in aller Regel nur zu dem Zweck erfolgen dürfen, um ein jeweils abzuführendes Verfahren der zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde zu sichern.[947] Die einschlägigen Festnahmeermächtigungen finden sich daher auch in aller Regel in den jeweiligen Verfahrensgesetzen, allen voran im VStG und der StPO. Es finden sich allerdings auch im SPG Bestimmungen, die freiheitsentziehende Maßnahmen zulassen bzw im Rahmen der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben sogar gebieten. Es steht hier also - dem Charakter des SPG als Kodifikation der allgemeinen verwaltungspolizeilichen Gefahrenabwehr entsprechend - wohl nicht die Sicherung eines Verfahrens im Vordergrund, sondern viel mehr das Ziel der Gefahrenbekämpfung bzw der Gefahrenprävention.

Vor diesem Hintergrund sind nun auch die einschlägigen sicherheitspolizeilichen Bestimmungen zu verstehen, weshalb hier zunächst einmal die Aufgabe nach § 22 Abs 3 SPG zu betrachten ist. Diese schreibt im Wesentlichen vor, dass die Sicherheitsbehörden nach einem gefährlichen Angriff (unbeschadet ihrer Aufgaben nach der StPO) die maßgeblichen Umstände, einschließlich der Identität des dafür Verantwortlichen, zu klären haben, soweit dies zur Vorbeugung weiterer gefährlicher Angriffe erforderlich ist. In diesem Zusammenhang ermächtigt § 45 SPG die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes dazu, Zurechnungsunfähige iSd § 11 StGB und Unmündige zur sofortigen Feststellung des Sachverhalts festzunehmen, wenn sie einer mit beträchtlicher Strafe bedrohten Handlung verdächtig sind und auf frischer Tat

[947] So insb § 35 VStG, §§ 170 ff StPO, § 39 FPG.

betreten werden oder der Verdacht sonst in engem zeitlichem Zusammenhang mit der Tat entsteht. Gemäß dem eingangs zitierten Erlaubnistatbestand des Art 2 Abs 2 lit b EMRK wären auch zur Durchsetzung dieser Befugnis unter Beachtung der „unbedingten Erforderlichkeit" lebensgefährdende Maßnahmen verfassungsrechtlich zulässig, da es sich hier eindeutig um eine Festnahme iSd Bestimmung handelt.[948] Allerdings darf nicht übersehen werden, dass das SPG selbst wesentlich restriktiver als die EMRK ist und in seinem § 28 ausdrücklich anordnet, dass bei der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben (immer) dem Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen Vorrang vor anderen Gütern einzuräumen ist.[949] Damit ist zugleich aber auch klargestellt, dass zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung einer Festnahme zum Zweck der „bloßen" Sachverhaltsfeststellung keinesfalls lebensgefährdende Maßnahmen gesetzt werden dürfen. Der durch Art 2 Abs 2 lit b EMRK eingeräumte Spielraum wird also durch das SPG bei weitem nicht ausgenützt. Unter diesen Umständen ist es dann im Ergebnis mE aber auch möglich, Private an der Erfüllung der Aufgaben-Befugnis-Konstellation der § 22 Abs 3 SPG iVm § 45 Abs 1 SPG iVm § 50 SPG zu beteiligen, ohne dass die absolute Grenze des Art 2 EMRK dagegen sprechen würde.

Genau in diesem Sinn sind dann schließlich auch andere sicherheitspolizeiliche Aufgaben-Befugnis-Konstellationen zu verstehen, die eine Freiheitsbeschränkung iSe Festnahme gemäß Art 2 Abs 2 lit b EMRK rechtfertigen bzw auftragen. Auch hier gilt ja der oben erwähnte § 28 SPG, der dem Leben und der Gesundheit von Menschen den Vorrang vor allen anderen Gütern einräumt. Gemeint ist hier einmal § 22 Abs 1 Z 1 SPG[950] iVm § 45 Abs 2 Z 2 SPG, der es den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes zum besonderen Schutz Unmündiger erlaubt, diese, wenn sie in der Zeit zwischen 00.00 Uhr und 05.00 Uhr ohne Aufsicht an einem öffentlichen Ort angetroffen werden und gefährlichen Angriffen besonderes ausgesetzt wären, unverzüglich einem Menschen zu übergeben, dem ihre Pflege und Erziehung zukommt.

[948] *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 53; *Weber/Schlag*, Sicherheitspolizei 111.
[949] § 28 SPG ist erst im Zusammenhang mit Art 2 Abs 2 lit b EMRK relevant, denn der Art 2 Abs 2 lit a EMRK hatte ja selbst die Verteidigung eines Menschen zum Gegenstand.
[950] § 22 Abs 1 Z 1 SPG lautet: „Den Sicherheitsbehörden obliegt der besondere Schutz von Menschen, die tatsächlich hilflos sind und sich deshalb nicht ausreichend vor gefährlichen Angriffen zu schützen vermögen."

Gerade hier sind lebensgefährdende Maßnahmen wohl aufgrund der besonderen Schutzbedürftigkeit Unmündiger mE jedenfalls unzulässig (zumal diese hier ja nicht einmal eines an sich strafbaren Verhaltens verdächtigt werden), weshalb einer diesbezüglichen Erfüllung durch Private die absolute Grenze des Art 2 EMRK nicht im Wege steht.

Gemeint ist aber auch die Konstellation des § 19 SPG iVm § 46 SPG, wonach die Sicherheitsbehörden bzw ihre Organe im Rahmen der ersten allgemeinen Hilfeleistungspflicht dazu ermächtigt sind, Menschen, von denen sie aus besonderen Gründen annehmen, dass sie an einer psychischen Krankheit leiden und in Zusammenhang damit ihr Leben oder ihre Gesundheit oder das Leben oder die Gesundheit anderer ernstlich und erheblich gefährden, einem Arzt zur Untersuchung vorzuführen bzw bei Gefahr im Verzug auch ohne Untersuchung direkt einer Krankenanstalt (Abteilung) für Psychiatrie vorzuführen; auch in diesem Fall liegt also eine Freiheitsbeschränkung iSd Art 2 Abs 2 lit b EMRK vor.[951] Soweit in diesem Zusammenhang nun lebensgefährdende Maßnahmen unbedingt erforderlich erscheinen, sind diese wiederum - da ja wohl unstrittig die Aufgabe des § 19 SPG zu erfüllen ist[952] - nur in Beachtung des § 32 Abs 2 letzter Satz SPG zulässig; insoweit kann auf die obigen Ausführungen zu Art 2 Abs 2 lit a EMRK verwiesen werden.

10.4 Art 2 Abs 2 lit c EMRK (Unterdrückung eines Aufruhrs oder Aufstands)

Abschließend ist noch zu untersuchen, welche sicherheitspolizeilichen Aufgaben-Befugnis-Kombinationen vom Ausnahmetatbestand des Art 2 Abs 2 lit c EMRK erfasst werden können. Dieser Bestimmung zufolge ist eine Tötung dann keine Verletzung des Art 2 EMRK, wenn sie sich aus einer unbedingt erforderlichen Gewaltanwendung ergibt, um im Rahmen der Gesetze einen Aufruhr oder Aufstand zu unterdrücken.

---

[951] *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 487; *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 53; *Weber/Schlag*, Sicherheitspolizei 111.

[952] Sollte der Betroffene „fremdgefährlich" sein und damit einen gefährlichen Angriff iSd § 16 Abs 2 SPG verwirklichen, gehen gemäß § 19 Abs 2 Z 1 SPG die speziellen Aufgaben der §§ 20 ff SPG vor; siehe nur *Funk*, Sicherheitspolizeirecht 144 FN 53; *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 262 f.

Von wesentlicher Bedeutung ist hier natürlich, welcher Inhalt den aufgrund ihrer politischen Dimension hochgradig unbestimmten Begriffen „Aufruhr“ und „Aufstand“ zukommt, wobei diese Begriffe gemäß der allgemeinen Interpretationslinie des EGMR autonom und vom Verständnis einzelner Vertragsstaaten losgelöst auszulegen sind.[953]

In diesem Sinn ist unter einem „Aufruhr“ eine solche Situation zu verstehen, bei der von einer beträchtlichen Menschenmenge Gewalttaten in einem derartigen Umfang tatsächlich begangen werden oder vorerst bloß begangen zu werden drohen, dass von einer außerordentlichen Gefährdung der inneren Sicherheit gesprochen werden kann.[954]

Ein „Aufstand“ liegt (in Anlehnung an die völkerrechtliche Begriffsbildung) dann vor, wenn sich in einem Staat eine mehr oder weniger organisierte Personengruppe gebildet hat, die im Zuge eines revolutionären Geschehens Teile des Staatsgebiets tatsächlich beherrscht und sich gegen die legitime Regierung zu behaupten vermag. Es muss sich also im Ergebnis um eine solche Ausnahmesituation handeln, die bereits ein das Leben der Nation bedrohendes Ausmaß iSd öffentlichen Notstandes gemäß Art 15 EMRK angenommen hat.[955]

Für beide Fälle (Aufruhr, Aufstand) gilt, dass gemäß Art 2 Abs 2 lit c EMRK im Rahmen ihrer Unterdrückung für die Rechtfertigung lebensgefährdender Gewaltanwendungen die Bestimmungen des nationalen Rechts eingehalten werden müssen, was sich für das österreichische Recht aber ohnehin schon aus Art 18 Abs 1 B-VG ergibt.[956] Zugleich bedeutet dies aber auch, dass solche Bestimmungen überhaupt erst einmal existieren müssen, um eine Rechtfertigung iSd EMRK bewirken zu können.[957] Fehlen hingegen nationale Bestimmungen zur Unterdrückung eines Aufruhrs oder Aufstandes, so kann hinsichtlich der Setzung lebensgefährdender Maßnahmen allenfalls nur eine Rechtfertigung nach Art 2 Abs 2 lit a oder b EMRK in Betracht kommen.

---

[953] *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 58 mwN in FN 236.

[954] *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 59 mwN; ihm folgend *Grabenwarter*, EMRK § 20 Rz 15; etwas weiter dagegen *Erben/Szirba*, Waffengebrauchsrecht 57, die im Hinblick auf § 7 Z 2 WGG eine tumultartige Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung durch eine widerrechtliche Zusammenrottung einer Menschenmenge genügen lassen.

[955] *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 59 mwN; ihm folgend *Grabenwarter*, EMRK § 20 Rz 15; auch zum Begriff des „Aufstandes“ wieder weitergehender *Erben/Szirba*, Waffengebrauchsrecht 57, die hier von einem offenen und gewaltsamem Widerstand mehrerer Personen gegen die Staatsgewalt sprechen.

[956] *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 60.

[957] Aber auch eine andere Auffassung zur deutschen Übersetzung des Art 2 Abs 2 lit c EMRK („im Rahmen der Gesetze“) könnte keine Einschränkung der Vorgaben des Art 18 Abs 1 B-VG („aufgrund der Gesetze“) bewirken; vgl *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 60.

Für das österreichische Recht erweisen sich im Zusammenhang mit einem Aufruhr bzw einem Aufstand iSd EMRK vor allem die einfachgesetzlichen Bestimmungen der §§ 269[958] und 274[959] StGB als einschlägig, die ein dementsprechend „staatsschädigendes" Verhalten des einzelnen Rechtsunterworfenen - auch wenn er Teil einer Menschenmenge ist - unter gerichtliche Strafe stellen.[960] Im Kontext mit der allgemeinen Sicherheitspolizei stellt die Begehung solcher Delikte je einen gefährlichen Angriff iSd § 16 Abs 2 Z 1 SPG dar. Als „Unterdrückung eines Aufruhrs oder eines Aufstandes" iSd Art 2 Abs 2 lit c EMRK ist daher unter diesem Gesichtspunkt die Beendigung gefährlicher Angriffe (und zwar iSd §§ 269, 274 StGB iVm § 16 Abs 2 SPG) gemäß der Aufgabe nach § 21 Abs 2 SPG zu verstehen, zu deren Erfüllung nach § 33 SPG auch unmittelbare Zwangsgewalt angewendet werden kann. Gemäß § 28 SPG iVm § 29 SPG (insb § 29 Abs 1 Z 3 SPG) ist hierbei zum Schutze des Lebens von Menschen auch die Anwendung lebensgefährdender Gewalthandlungen zulässig. Wie aber bereits oben in Punkt 10.2 versucht wurde zu zeigen, stellt eine Beteiligung Privater an der Erfüllung eben genau dieser Aufgaben-Befugnis-Kombination schon aufgrund des Art 2 Abs 2 lit a EMRK eine Überschreitung einer absoluten Grenze für funktionelle Privatisierungen dar. Aus der Sicht des Art 2 Abs 2 lit c EMRK wiederum ist festzustellen, dass - wie schon im Zusammenhang mit Art 2 Abs 2 lit b EMRK - der insoweit gewährte Spielraum durch das SPG aufgrund der Anordnung des § 28 SPG nicht ausgenutzt wird.

Schließlich sei noch festgehalten, dass sich § 27 SPG, der die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung[961] den Sicherheitsbehörden (und damit auch den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes) zur Aufgabe macht, nicht auf einen Aufruhr oder Aufstand iSd Art 2 EMRK bezieht. Vielmehr bezieht sich diese Bestimmung nur auf jenen Teilbereich menschlicher Verhaltensweisen, die von ihrem „staats- bzw

[958] § 269 StGB: Widerstand gegen die Staatsgewalt.
[959] § 274 StGB: Landfriedensbruch.
[960] Gegen eine Festlegung auf bestimmte Straftatbestände *Kopetzki*, Art 2 EMRK Rz 59 mwN; welche anderen gesetzlich erfassten Verhaltensweisen aber noch betroffen sein könnten, sagt er nicht. Zweifellos zu folgen ist ihm aber insoweit, als dass sicher nicht jeder Widerstand gegen die Staatsgewalt, wenn auch von mehreren Tätern gleichzeitig und gleichgerichtet verwirklicht, bzw nicht schon jeder Landfriedensbruch einen Aufruhr oder Aufstand iSd EMRK darstellt und zu lebensgefährdenden Maßnahmen ermächtigt. Es ist daher auch hier wieder ein entsprechend hohes Maß an Gefährdung - hier für den Staat (vgl Art 15 EMRK) - zu verlangen.
[961] § 27 SPG spricht von der „Ordnung an öffentlichen Orten".

gemeinschaftsschädigenden“ Gehalt weit unterhalb der für Art 2 Abs 2 lit c EMRK relevanten Gefährdungslagen für den Staat liegen.[962] Dies ergibt sich insb schon einmal aus dem § 27 SPG korrespondierenden Verwaltungsstraftatbestand nach § 81 SPG, der die Störung der öffentlichen Ordnung sanktioniert; dies aber nur für jene Fälle, in denen diese Störung unter „besonders rücksichtslosem Verhalten“ erfolgt. § 27 SPG erfasst dagegen schon ein solches Verhalten, das selbst noch unterhalb dieses (bloß) verwaltungsstrafrechtlichen Delikts liegt, da hier ein besonders rücksichtsloses Verhalten nicht erforderlich ist.[963] Außerdem ist zu sehen, dass der Gesetzgeber nach dem Titel des 2. Hauptstücks des 3. Teils des SPG den Sicherheitsbehörden und den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes nur für die Erfüllung der EAH und der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit Befugnisse zur Verfügung stellt. Für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung fehlen dagegen grundsätzlich (allgemeine oder besondere) Befugnisse; lediglich § 37 SPG erwähnt im Rahmen der Regelung der Auflösung von Besetzungen die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, wobei allerdings auch hier eher die Auflösung einer Besetzung aufgrund des Verlangens des jeweiligen Besitzers des betroffenen Grundstücks oder Räumlichkeit im Vordergrund stehen dürfte.[964] Insgesamt ist also - wie gesagt - die Aufgabe nach § 27 SPG im gegebenen Zusammenhang mit Art 2 Abs 2 lit c EMRK nicht einschlägig, zumal es ja auch keine entsprechend „eingreifenden“ Befugnisse zu ihrer Erfüllung gibt.

Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass - so wie schon bei Art 2 Abs 2 lit b EMRK festgestellt - keine sicherheitspolizeilichen Aufgaben bzw Befugnisse gefunden werden konnten, die einen mit ihnen verbundenen Eingriff in das menschliche Leben ausschließlich mit dem Erlaubnistatbestand des Art 2 Abs 2 lit c EMRK rechtfertigen können. Vielmehr ist es auch in diesem Zusammenhang wieder die Bestimmung des §

[962] Gemeint ist mit § 27 SPG also die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln für das Verhalten der Menschen in der Öffentlichkeit, deren Befolgung eine unentbehrliche Voraussetzung für das gedeihliche Zusammenleben der Menschen ist; siehe *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 268; *Hauer*, Ruhe 374 ff; *Funk*, Sicherheitspolizeirecht 145; *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 328.
[963] *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 268.
[964] Siehe nur RV 148 BlgNR 18. GP, die die Befugnis nach § 37 SPG in unübersehbarer Weise in die Nähe zur zivilrechtlichen Besitzstörung rückt und damit rechtspolitisch die Unterstützung des jeweiligen in seinen Rechten gestörten Besitzers betont, dem entsprechende Selbsthilfe nicht (mehr) möglich ist; siehe dazu auch *Funk*, Sicherheitspolizeirecht 147 FN 93, sowie *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 342, nach deren Ansicht § 37 Abs 1 Z 2 SPG keiner (geschriebenen) sicherheitspolizeilichen Aufgaben des 2. Teils des SPG zugeordnet werden kann und daher zur Vermeidung der Unanwendbarkeit der genannten Befugnis von einer ungeschriebenen Aufgabe auszugehen ist.

28 SPG, der durch die ausdrückliche Statuierung des Vorrangs des menschlichen Lebens vor allen anderen Gütern (und in Beachtung des § 29 Abs 1 Z 3 SPG wohl auch vor dem Rechtsgut der menschlichen Gesundheit) allein dem oben in Punkt 10.2 behandelten Eingriffstatbestand des Art 2 Abs 2 lit a EMRK Bedeutung zukommen lässt.

11. Ergebnis für die allgemeine Sicherheitspolizei

11.1 Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse

Fasst man nun die Ergebnisse aus den Punkten 6 bis 10 zusammen, so bleiben - abgesehen von der organisationsrechtlichen Unzulässigkeit der Errichtung privater Sicherheitsbehörden und Wachkörper - nach dem in dieser Untersuchung vertretenen Ansatz nur zwei sicherheitspolizeiliche Aufgaben-Befugnis-Konstellationen übrig, die vor dem Hintergrund der absoluten Grenze des Art 2 EMRK tatsächlich nicht in verfassungsrechtlich zulässiger Weise auf private Rechtsträger übertragen werden können, nämlich:

- § 21 Abs 2 SPG iVm §§ 30, 50 SPG (Beendigung gefährlicher Angriffe unter Ausübung von Zwangsgewalt)
- § 19 SPG iVm §§ 32 Abs 2 letzter Satz, 50 SPG (Rettung des Lebens eines vom für die Gefahr Verantwortlichen unterschiedlichen Menschen unter Ausübung der speziellen Befugnis zur Setzung lebensgefährdender Maßnahmen).

Alle anderen sicherheitspolizeilichen Aufgaben bzw die zu ihrer Erfüllung dem jeweils eingesetzten Personal zur Verfügung stehenden Befugnisse erfordern zwar je nach potentieller Eingriffsintensität und Eingriffswahrscheinlichkeit eine entsprechend hohe demokratische Legitimation der Verwaltungsführung und damit dementsprechend intensive Ingerenzbefugnisse des dem Parlament verantwortlichen Bundesministers für Inneres, schließen aber nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung unter Beachtung der absoluten Grenze des Art 2 EMRK und des Charakters der Verfassung

als Rahmenordnung für den einfachen Gesetzgeber den Einsatz privater Sicherheitskräfte nicht schon von vornherein aus. Dies insb auch deshalb, weil das SPG selbst in seinem § 28 dem Leben und der Gesundheit von Menschen den absoluten Vorrang vor allen anderen Rechtsgütern einräumt und damit den Erlaubnistatbeständen des Art 2 Abs 2 lit b und c EMRK - zumindest in gegebenem Zusammenhang - ihre Bedeutung nimmt.

Mit diesem Ergebnis stellt sich letztlich auch die pauschale Aussage des VfGH, die allgemeine Sicherheitspolizei (oder gar die Vorsorge für die Sicherheit im Inneren überhaupt) wäre eine so genannte - jede private Beteiligung absolut ausschließende - „Kernaufgabe", als unzutreffend heraus.[965] Auch wenn sich dafür kein stichhaltiger Beweis liefern lässt, so hat es doch ganz den Anschein, als dass sich der VfGH bei dieser seiner Aussage von der aus der älteren Verwaltungslehre überlieferten Auffassung hat leiten lassen, wonach der „Polizei" zur Wahrung der „guten Ordnung" schon „wesensmäßig" eine angeblich übergeordnete Rolle innerhalb des gesamten Staatswesens, jedenfalls aber innerhalb der Staatsfunktion Verwaltung zukomme.[966] Gegenüber dieser Auffassung wurde unter Bezugnahme auf das demokratische und rechtsstaatliche Baugesetz der österreichischen Bundesverfassung versucht zu zeigen, dass von einer solchen - nicht nur allenfalls politisch, sondern auch rechtlich relevanten - Überordnung der allgemeinen Sicherheitspolizei nicht gesprochen werden kann. Vielmehr handelt es sich hierbei im Lichte des B-VG betrachtet um „ganz normale" Verwaltung, die lediglich vorrangig in der Rechtssatzform der „Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt" ausgeübt wird[967] und die aufgrund der Verknüpfung mit dem Kriminalstrafrecht einen besonders engen Nahebezug zu den verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten der unmittelbar von der Ausübung sicherheitspolizeilicher Befugnisse Betroffenen aufweist. Abgesehen von

[965] So aber insb die bereits oftmals zitierte Entscheidung VfSlg 14.473/1996 im Zusammenhang mit ihrer Präzisierung in VfSlg 16.400/2001, in der ausdrücklich jede private Beteiligung in Bezug auf die in VfSlg 14.473/1996 genannten „Kernaufgaben" ausgeschlossen wird; wie hier dagegen im Ergebnis zB *Baumgartner*, Ausgliederung 36 f; *Funk*, BWA-Erk 23; *Korinek*, Bedingungen 51 f; *Pabel*, Ausgliederung 224 ff; *Raschauer*, Rechtsfortbildung 18 ff; *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen 38.
[966] Siehe dazu ebenfalls schon kritisch *Merkl*, Verwaltungsrecht 241, 247, 265 f, jeweils mwN zu älteren Verwaltungslehre, der diese pauschale „Überhöhung" der Polizei in den Bereich des Politischen verweist; ebenso *Antoniolli*, Verwaltungsrecht 230 ff, insb 233; im Ergebnis wie hier auch zB *Baumgartner*, Ausgliederung 37 mwN; *Funk*, BWA-Erk 23 f; *Kneihs*, Befehl 61; *Raschauer*, Rechtsfortbildung 18 f.
[967] Siehe nur *Antoniolli*, Verwaltungsrecht 233; *Funk*, Verwaltungsakt 9, 217 ff.

den schon durch das Organisationsrecht gezogenen Grenzen (siehe wiederum die Sicherheitsbehörden und Wachkörper) lässt sich nur von dieser materiell-rechtsstaatlichen Seite her in Verbindung mit dem demokratischen Baugesetz eine absolute Grenze für private Erfüllungsbeteiligungen finden, die nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung mangels anderer dogmatischer Anhaltspunkte im Übrigen erst bei Art 2 EMRK entsprechend nachvollziehbar begründet werden kann. Diese solcherart aufgebaute demokratisch-rechtsstaatliche Begründung ist letztlich nichts Anderes als die juristische Übersetzung des auch dem B-VG zugrunde liegenden theoretisch-philosophischen „Konzepts", wonach Ausgangs- und Endpunkt jeder Staatlichkeit nicht der irgendwie zu definierende Staat selbst, sondern ausschließlich das jeweils einzelne gleiche und freie menschliche Individuum anzusehen ist.

Wenn gesagt wurde, dass von den beiden am Beginn dieses Punktes genannten Ausnahmen abgesehen alle anderen sicherheitspolizeilichen Aufgaben und Befugnisse einer privaten Beteiligung nicht schon von vornherein entgegenstehen, so ist in diesem Zusammenhang aber ebenso festzuhalten, dass sich mit rechtswissenschaftlichen Methoden nicht feststellen lässt, wie hoch die allenfalls herzustellende demokratische Legitimation nun genau zu sein hat oder maW: welche konkreten Gestaltungs-, Informations- und Sanktionsmöglichkeiten des obersten Organs bei welchen Aufgaben-Befugnis-Konstellationen des SPG schon von Verfassung wegen erforderlich sind. Daran kann auch nichts ändern, dass Art 20 Abs 2 B-VG für den Fall einfachgesetzlich weisungsfrei gestellter Verwaltungsorgane Minimalerfordernisse an herzustellenden Ingerenzbefugnissen des obersten Organs normiert. Denn diese Minimalerfordernisse sollen ja - neben der Verantwortlichkeit des Leiters eines einfachgesetzlich weisungsfrei gestellten Verwaltungsorgans (siehe dazu Art 52 Abs 1a B-VG) - „nur" den vom Verfassungsgesetzgeber ausdrücklich vorgesehenen Verzicht auf die Weisungsbindung iSd Art 20 Abs 1 B-VG entsprechend supplieren, wogegen bei funktionellen Privatisierungen jegliche unmittelbar staatliche Ingerenz (und damit auch und insb die Weisungsbindung) erst durch geeignete Maßnahmen herzustellen ist. Insoweit ist also bei funktionellen Privatisierungen jedenfalls auch über die in Art 20 Abs 2 B-VG statuierten Ingerenzbefugnisse hinaus zu gehen. Wie diese Befugnisse bei funktionellen Privatisierungen aber nun genau auszusehen haben, lässt sich - wie gesagt - auf

rechtswissenschaftliche Weise nicht eindeutig feststellen, da sich nicht zuletzt auch ein Blick auf die Ausgestaltung vergleichbarer einfachgesetzlicher Konstruktion, die im Jahr 1920 in die erste Republik übergeleitet wurden, als nicht gewinnbringend erweist. Hierbei ist schließlich auch zu berücksichtigen, dass auch und gerade im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Beurteilung funktioneller Privatisierungen die im Vergleich zum Stand der Gründung der Republik wesentlich differenziertere Grundrechtsdogmatik und die damit zwischenzeitig auch verfassungsrechtlich zum Ausdruck gebrachten Werthaltungen entsprechend zu berücksichtigen sind. Insgesamt muss man daher wohl - so wie schon bei der Beurteilung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Phänomens der „Beteiligung nichtstaatlicher Rechtsträger an der staatlichen Verwaltung“ in Bezug auf die Staatsfunktion Verwaltung als Gesamtheit - auch im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Beurteilung einzelner funktioneller Privatisierung im Bereich der allgemeinen Sicherheitspolizei feststellen, dass letztlich dem nachprüfenden VfGH ein nicht unwesentlicher Beurteilungsspielraum zur Konkretisierung der thematisch vagen normativer Grundlagen verbleibt.

11.2 Gedanken zu einer verfassungsgesetzlichen Regelung de lege ferenda

Wie auch immer nun die Festsetzung und Beurteilung des notwendigen Maßes an demokratischer Legitimation funktionell-staatlicher Organe durch den VfGH ausfallen mag und welche konkreten dogmatischen Konstruktionen an Gestaltungs- und Einflussmöglichkeiten des jeweiligen obersten Organs bei welchen konkreten Aufgaben bzw Befugnissen dabei vom VfGH akzeptiert werden mögen; eines wird er jedenfalls zu beachten haben: nämlich, dass - ganz iSd Gleichheitssatzes - jeweils gleich gelagerte Fälle von ihm auch gleichsinnig zu entscheiden sind. Dass dies mitunter (insb in Grenzfällen) die Frage nach sich ziehen wird, wann den nun entsprechende Fälle gleich gelagert sind und wann nicht, wird wohl nicht zu vermeiden sein, da ja bekanntlich diese Frage überhaupt das Grundproblem jedes zu fällenden Gleichheitsurteils

darstellt.[968] Allerdings bin ich doch der Ansicht, dass es bei entsprechend begründeten Erkenntnissen möglich sein sollte, „im Großen und Ganzen" inhaltliche Akzeptanz der Entscheidungen sowie „Gleichförmigkeit" in der Entscheidungspraxis zu erreichen. Dessen ungeachtet bleibt mE aber dennoch die Forderung zu erheben, dass sich nicht nur die Rechtsprechung und die Wissenschaft der überaus vielfältigen Problematik der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private annehmen sollten, sondern dass dies zum Zwecke der Rechtssicherheit und zur Wahrung der Rechtsstaatlichkeit auch und insb der Verfassungsgesetzgeber durch die Erlassung entsprechend justiziabler Regelungen tun möge.[969] Aber wie könnte eine solche verfassungsgesetzliche Regelung de lege ferenda nun konkret aussehen?[970]

Idealerweise umfasst eine solche Regelung alle der im oben vorgeschlagen Prüfschema (Punkt 9.5) dargestellten Schritte – also eine Klarstellung, welche staatlichen Aufgaben und Befugnisse keinesfalls von Privaten erfüllt bzw ausgeübt werden dürfen, weiters, bei welchen Kategorien bzw Rechtssatzformen staatlicher Betätigungen welche Ingerenzbefugnisse vorzuliegen haben, sowie, wie und wo partikuläre Bereichsabgrenzungen vorzunehmen sind bzw - damit eng zusammenhängend - in welchem Ausmaß überhaupt das Phänomen der „Beteiligung Privater an der Erfüllung staatlicher Verwaltungsaufgaben" zulässig ist. Selbiges ließe sich im Übrigen auch in entsprechender Weise für den Problemkreis funktioneller Ausgliederungen denken (wo es also um die Beteiligung juristische Personen des öffentlichen Rechts bzw um von

[968] Siehe dazu insb *Pöschl*, Gleichheit 152 ff.

[969] Daher gerade für die Thematik der Beteiligung Privater an der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben besonders zutreffend *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 1 Rz 01.036, wenn sie sagen:„ Fehlende Klarheit kann, ebenso wie Lückenhaftigkeit, die Funktion des Verfassungsrechts als Grundordnung nachteilig beeinflussen. Diese gilt besonders dann, wenn eine normative Unklarheit die Quelle für juristische Kontroversen und politischen Streit bildet. Die Verfassungsgebung hat in solchen Fällen die Aufgabe, die Ursache des Dissenses alsbald zu beseitigen und klare rechtliche Verhältnisse zu schaffen." Vgl auch *Schambeck*, Verfassung 259, 261, der ebenfalls eine den modernen Bedürfnissen gerecht werdende verfassungsrechtliche Regelung des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft vermisst; ganz in diesem Sinn auch *Hiesel*, Verfassungskonkretisierung 312 FN 33 f; *Matzka*, Organisationsformen 685 ff; siehe im Übrigen schon *Kelsen*, VVDStRL 5, 68 ff, wenn er mahnt, dass das Verfassungsrecht als Maßstab gerichtlicher Gesetzesprüfung möglichst bestimmt auszugestalten ist.

[970] Hinsichtlich der legistischen Umsetzung einer solchen Regelung kommt gesetzestechnisch bekanntlich entweder die Erlassung eines eigenen BVG oder die Inkorporation in das B-VG in Betracht; unter Beachtung der ohnehin schon weit fortgeschrittenen äußeren Zersplitterung des Verfassungsrechts wird dabei wohl der zuletzt genannten Variante der Vorzug zu geben sein. Unter Berücksichtigung des systematischen Aufbaus des B-VG würde sich schließlich mE die Einschiebung eines neuen sechsten Hauptstücks (zB mit dem Titel „Nichtstaatliche Erfüllungsbeteiligung") im Anschluss an das fünfte Hauptstück („Selbstverwaltung") anbieten.

einer Gebietskörperschaft beherrschte juristischen Personen des Privatrechts geht, was hier allerdings nicht weiter verfolgt wird; ich werde mich daher nur auf das Phänomen der „funktionellen Privatisierungen“ beschränken).

Was nun die Frage nach allenfalls zu regelnden Kernaufgaben bzw überhaupt ganzer Kernbereiche betrifft (ob also zB die Sicherheitspolizei iSv Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG oder andere - jeweils entsprechend exakt zu definierende - Verwaltungsbereiche tatsächlich als Ganzes jeder funktionellen Privatisierung unzugänglich sein sollen), so hat diesbezüglich mE der („einfache“) Verfassungsgesetzgeber einen überaus weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum. Eine Begrenzung durch die Baugesetzte der Bundesverfassung lässt sich hier mE nicht erkennen.[971] Es wäre daher meiner Ansicht nach auch ohne Volksabstimmung iSd Art 44 Abs 3 B-VG zulässig, wenn der Verfassungsgesetzgeber es gestatten würde, dass Private als funktionelle Verwaltungsorgane auch im Rahmen des Art 2 EMRK tätig werden könnten oder dass im gänzlich umgekehrten Sinn Private überhaupt von jeder funktionell-staatlichen Beteiligung ausgeschlossen werden würden (was aber angesichts der bis heute bereits zahlreich verwirklichten funktionellen Privatisierungen und Ausgliederungen wohl nicht realistisch ist). Auch aus dem Gemeinschaftsrecht lassen sich zu dieser Frage keine dogmatisch zwingenden Vorgaben entnehmen (hinsichtlich des vorliegenden Untersuchungsgegenstandes siehe schon oben Punkt 2.8). Im Ergebnis obliegt es daher mE ausschließlich der politischen Entscheidung bzw Entscheidungsfähigkeit des jeweiligen „einfachen“ Verfassungsgesetzgebers, ob oder welche konkreten Aufgaben, Befugnisse, Sachbereiche oder gar ganze Materien ausschließlich staatlichen Organen im organisatorischen Sinn vorbehalten werden. Welche politischen Aspekte hierbei - und damit auch und insb bei einer konkreten verfassungsrechtlichen Regelung in Bezug auf die allgemeine Sicherheitspolizei - allenfalls zu beachten wären, wurde in einer ersten Näherung oben in Punkt 1.4 beleuchtet. Da die dort angestellten Überlegungen aber wohl noch einer ebenso eingehenderen wie methodisch „reineren“ politikwissenschaftlichen Durchdringung bedürfen, eine solche im Rahmen dieser Arbeit jedoch schon aus umfänglichen Gründen nicht geleistet werden kann und darüber hinaus nicht bloß für den Bereich der allgemeinen Sicherheitspolizei, sondern als

[971] Wohl ebenso *Baumgartner*, Ausgliederung 25 FN 56; *Zellenberg*, Kernaufgaben 690.

„Gesamtlösung“ für die staatliche Verwaltung insgesamt anzustellen wäre, unterlasse ich es an dieser Stelle, diesbezüglich einen konkreten (politischen) Vorschlag hinsichtlich der etwaigen zukünftigen verfassungsgesetzlichen Regelung zu unterbreiten. Unter Bezugnahme auf die Situation de lege lata - ohne also diese im Rahmen politischer Absichten verändern zu wollen - wäre es aber jedenfalls erstrebenswert, wenn folgendes ausdrücklich per Verfassungsbestimmung klargestellt werden würde: *Die Befugnis zur Vornahme lebensgefährdender Maßnahmen (Art 2 EMRK) zur Erfüllung von Staatsaufgaben darf nicht auf Organe übertragen werden, die nicht der vollen Leitungsbefugnis des obersten Organs (Art 20 Abs 1 B-VG) unterliegen*.

Damit wäre nun der zweite Prüfschritt näher auf eine etwaige Regelung hin zu diskutieren. Wiederum bezogen auf den vorliegenden Untersuchungsgegenstand der allgemeinen Sicherheitspolizei iSd SPG ist hierzu festzustellen, dass von den Rechtssatzformen des B-VG eindeutig jede der AuvBZ hervorstechen;[972] wird doch gerade das unmittelbare befehls- und zwangsbewehrte Einschreiten zum Zwecke der Gefahrenabwehr als das klassische Polizeihandeln angesehen. Aber selbst die wenigen (deshalb aber keinesfalls unwichtigen) Fälle, in denen gemäß der einschlägigen Bestimmungen des SPG die Rechtssatzformen „Bescheid“ und „Verordnung“ vorgesehen sind,[973] können jedenfalls dann dahin gestellt bleiben, wenn es um eine allfällige Einbindung privater Rechtsträger in das allgemeine Sicherheitspolizeirecht geht; denn diese Rechtssatzformen sind ausschließlich von der jeweiligen Sicherheitsbehörde vorzunehmen, und solche können - wie schon oben in Punkt 7.3.1.2 festgestellt - nur die in Art 78a B-VG Genannten sein und damit keinesfalls selbständige private Rechtsträger. Letztere kommen daher nur als jeweils einzeln oder höchstes in Kleinstgruppen einsetzbare behördliche Hilfsorgane in Betracht, denen ausschließlich der unmittelbare verwaltungsbehördliche Befehl und Zwang als Rechtssatzform zur Verfügung steht.
Hinsichtlich dieser AuvBZ bietet es sich nun mE geradezu an, auch und vor allem in Bezug auf die Frage nach einer etwaigen Beteiligung Privater ausdrücklich zwischen

[972] ZB *Funk*, Verwaltungsakt 157 f, 217 ff.
[973] Siehe zB die per Bescheid vorzuschreibenden Überwachungsgebühren gemäß § 5a f SPG sowie zB die durch Verordnung vorzunehmende Auflösung einer Besetzung nach § 37 SPG oder die Verhängung eines Platzverbots nach § 36 SPG.

den Kategorien Befehl und Zwang gegen Menschen zu unterscheiden.[974] Bei beiden ist der Eingriff in grundrechtlich abgesicherte Positionen quasi schon wesensmäßig vorherbestimmt,[975] wobei allerdings im Rahmen der Erteilung von Befehlen die Eingriffsintensität tendenziell weniger stark ausgeprägt ist als dies zu der Ausübung von Zwangsgewalt gesagt werden muss.[976] Gerade die Ausübung von Zwang ist ja bekanntermaßen das letzte und schärfste Mittel, um verhaltensbestimmende Regelungen bzw die staatliche Rechtsordnung überhaupt durchsetzen und insofern ihre Geltung bewirken zu können;[977] und schließlich kommt gerade dem physischen Zwang - also der Zwangsgewalt ieS - aufgrund seiner Körperlichkeit eine in der breiten Palette an möglichen Gewaltformen besondere und herausgehobene Stellung zu.[978] Dies rechtfertigt es dann in weiterer Folge, dass hinsichtlich der Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Zwangsgewalt gegen Menschen der zulässige Handlungs- und Entscheidungsspielraum der insoweit zuständigen (Hilfs-) Organe als wesentlich enger anzunehmen ist als im Falle der Erteilung bloßer Befehle oder der Ausübung von Zwangsgewalt gegen Sachen. Es wäre daher mE sinnvoll und entspricht im Übrigen wohl auch über weite Strecken der verfassungsrechtlichen Situation de lege lata,[979]

---

[974] Womit auch - jedenfalls in den im Haupttext angesprochenen Fällen - die Bedenken von *Baumgartner*, Ausgliederung 260 f, ausgeräumt sein dürften, der hinsichtlich des Modells einer abgestuft herzustellenden Ingerenz Probleme wegen mangelnder objektiver Kategorisierbarkeit sieht; ganz ähnliche Bedenken äußert auch *Pabel*, Ausgliederung 228; siehe dazu im Übrigen aber auch *Matzka*, Organisationsformen 690, dessen Ansicht nach hinsichtlich der „Handlungsformen der staatlichen Verwaltung" (womit er offenbar die verfassungsrechtlichen Rechtssatzformen VO, Bescheid und AuvBZ meint) bestimmte Aufgaben der Hoheitsverwaltung de lege ferenda nicht ausgliederbar sein sollten.

[975] Siehe insb *Funk*, Verwaltungsakt 217 ff, 227.

[976] Siehe zB *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 625, 954, 998, 1004, demzufolge strikt zwischen den Befugnissen zur Setzung von Befehl- und/oder Zwangsakten zu unterscheiden ist; weiters inkludiert seiner Ansicht nach jede Ermächtigung zur Setzung eines Zwangsaktes gleichzeitig auch die Ermächtigung zur Setzung eines dazu korrespondierenden - weil „gelinderen" (!) - Befehlsaktes; wohl ebenso *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 540 f; *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht Rz 345; siehe dazu auch *Mayer*, „Normativität" 471; vgl im Übrigen die genannten Entscheidungen zu Art 3 EMRK zB bei *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 3 Rz 42.035; *Eberhard*, Leben 97; *Holoubek*, Interpretation 65; *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 751; *Zellenberg*, Art 3 EMRK 472 ff, die allesamt auf physische Zwangsakte abstellen; siehe auch die bei *Heißl*, Art 3 EMRK Rz 5/11 ff angeführten Fallgruppen (insb Waffengebrauch, Anwendung von Körperkraft, Fesselung, Behandlung während der Anhaltung), die sich ebenfalls allesamt nur auf physische Zwangsmaßnahmen beziehen und Befehlsakte dagegen nicht einmal erwähnen.

[977] Siehe nur *Kelsen*, Reine Rechtslehre 31 ff, insb 34 ff; *Merkl*, Verwaltungsrecht 286 ff; *Mayer*, Sicherheitsexekutive 469 ff.

[978] Siehe zB *Klein*, Gewaltmonopol Rz 2 mit zahlreichen wN.

[979] Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass mE die im Haupttext vorgeschlagene Regelung de lege ferenda wohl auch schon aus heutiger Sicht der durch die aktuelle Verfassung gegebenen Rechtslage im Wesentlichen entspricht; da dies aber aufgrund der nicht unwesentlichen Vagheit der zur Zeit zur Interpretation zur Verfügung stehenden normativer Grundlagen kein zwingendes Ergebnis iSd logischen Deduktion von der höheren zur niedrigeren Norm darstellt und daher wohl auch andere Ansichten mit

wenn die Ermächtigung zur Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch selbständige private Rechtsträger jeweils unterschiedlich geregelt wird, und zwar konkret so, dass sowohl zur Erteilung von Befehlen als auch zur Ausübung von Zwangsgewalt gegen Sachen bis zu einer (wiederum frei nach politischen Gesichtspunkten zu bestimmenden) Wertgrenze auch Privaten die Entscheidung sowohl hinsichtlich des „Ob" als auch in Bezug auf das „Wie" überlassen wird (sodass Private also mit den angesprochenen Befugnissen iSd Punktes 2.5.6.2 beliehen werden können).[980] Hierbei sollte zur Wahrung entsprechender demokratischer Legitimation im personell-organisatorischem Sinn allerdings ausdrücklich vorgesehen werden, dass das oberste Organ jedenfalls Einfluss auf die Personalauswahl bzw Ausbildung nehmen kann, weiters zum Zweck der entsprechenden Gewährleistung demokratischer Legitimation im sachlich-inhaltlichen Sinn, dass neben umfassenden Informationsmöglichkeiten hinsichtlich aller mit dem außenwirksamen Verwaltungshandeln in Zusammenhang stehenden Angelegenheiten der Geschäftsführung auch direkte Weisungsrechte gegenüber allen derart außenwirksamen Handelnden entweder schon ex lege eingerichtet werden oder zumindest aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung vertraglich herzustellen sind, sowie, dass auf rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten dieser Handelnden mittels entsprechend abgestufter Sanktionen durch unmittelbar staatliche Organe reagiert werden kann, zumindest aber deren Möglichkeit zur Abberufung pflichtwidrig handelnder funktionell-staatlicher Organwalter. Damit wäre im Ergebnis auch dem von Art 20 Abs 2 B-VG vorgegebenen Standard demokratischer Legitimation entsprochen, wobei - neben der Verankerung entsprechender Weisungsrechte in Bezug auf inhaltlich-sachliche Gesichtspunkte - durch die Vorsehung von Ingerenzbefugnissen hinsichtlich der Personalauswahl und Ausbildung eben auch dem personell-organisatorischen Aspekt in mE angemessener Weise Rechnung getragen wäre.[981] All dies wäre selbstverständlich auch im Zusammenhang mit der Beteiligung Privater an der

guten Argumenten vertreten werden können, erscheint es mir sinnvoller, diese meine Ansicht eben im Rahmen der Überlegungen zu einer eventuell zukünftigen verfassungsrechtlichen Regelung vorzubringen.

[980] Im Ergebnis wohl ebenso zB *Kneihs*, Befehl 398.

[981] Durch die Verankerung derartiger Ingerenzbefugnisse in Bezug auf die Personalauswahl und dessen Ausbildung wird mE im Ergebnis auch den in Punkt 9.3.1 herausgearbeiteten Bedenken begegnet, wonach sich Art 20 Abs 2 B-VG nach wie vor auf staatliche Organe im organisatorischen Sinn bezieht und daher in Bezug auf bloß funktionell-staatliche Organe ein entsprechend erhöhtes Ingerenzniveau zu fordern ist.

Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Zwangsgewalt gegen Menschen vorzusehen, wobei diese „verschärfte“ Variante der AuvBZ - wiederum in mE wohl weitgehender Entsprechung zur gegebenen verfassungsrechtlichen Situation - in einer ausdrücklichen legistischen Klarstellung de lege ferenda darüber hinaus aber nur insoweit zulässig sein sollte, als privaten Rechtsträgern keine Entscheidungsgewalt hinsichtlich der Frage des „Ob“ gewährt wird (so dass also nur eine Erfüllungshilfe iSd Punktes 2.5.6.3 in Frage kommt). Dies würde dann bedeuten, dass die Ausübung unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Zwanges gegen Menschen durch Private nur unter strikter Aufsicht und aufgrund einer entsprechenden Weisung eines unmittelbar staatlichen Organs möglich wäre[982] (allerdings mit Ausnahme der Fälle von Notwehr und Nothilfe unter der Voraussetzung der fehlenden Verpflichtung, von diesen Befugnissen tatsächlich Gebrauch zu machen).[983] Damit wäre schließlich auch für entsprechenden Einfluss auf das „Wie“ der Zwangsausübung gesorgt, wobei allerdings gerade hier trotz aller Aufsicht und Weisung eine genaue Determinierung des nach außen in Erscheinung tretenden Verhaltens der Privaten gegenüber unmittelbar Betroffene nicht zu erwarten ist.[984] Ein gewisser Handlungsspielraum verbliebe daher den herangezogenen Privaten auch in einer rechtlichen Ausgestaltung wie der eben erläuterten, wobei dieser Spielraum - und zwar nicht nur im faktischen, sondern auch im normativen Sinn - deutlich geringer wäre als im Fall der Erteilung von Befehlen und der Ausübung von Zwangsgewalt gegen Sachen.

Aufbauend auf diesen Überlegungen und unter der Bedingung, dass keine verfassungsgesetzlichen Änderungen hinsichtlich des zuvor behandelten ersten

[982] Dass selbst unter diesen strengen Vorgaben durchaus noch praktikable Kooperationsformen zwischen Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes und den Dienstnehmern privater Sicherheitsunternehmen möglich sind, zeigen die diversen Beispiele bei *Pitschas*, Polizei und Sicherheitsgewerbe (2000), *Stober*, Gesetzlich normierte Kooperationen zwischen Polizei und privaten Sicherheitsdiensten (2007), sowie Stober (Hg), Der Beitrag des Bewachungsgewerbes zur Sicherheit bei Großveranstaltungen (2007).

[983] Damit wäre allerdings der in Punkt 10.2 erläuterte Fall, wo es im Zusammenhang mit der Erfüllung der sicherheitspolizeilichen Aufgabe der EAH um die Ausübung von Zwang gegen Menschen geht, die durch diese Maßnahmen „bloß“ gerettet werden sollen und diese Maßnahmen daher nicht gegen einen Menschen zugunsten der Rechtsgüter eines anderen Menschen gesetzt werden, nicht mehr zulässig (ich habe daher diesbezüglich im Haupttext auch nur von einer „weitgehenden“ Entsprechung des Vorschlages mit der aktuellen Verfassungsrechtslage gesprochen); allerdings könnte dies mE unter dem Gesichtspunkt erhöhter Rechtssicherheit und damit erhöhter Rechtsstaatlichkeit durch eine verfassungsrechtliche Regelung wie der im Haupttext vorgeschlagenen durchaus akzeptiert bzw sogar begrüßt werden.

[984] Dies betont auch *Lachmayer*, Polizeihandeln 422.

Prüfschritts normiert werden (dass es also maW bei der Situation de lege lata im oben herausgearbeiteten Sinn bleibt und nicht etwa die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und/oder Zwangsgewalt schlechthin jeder privaten Beteiligung entzogen wird), lässt sich nun ein konkreter Vorschlag für eine verfassungsgesetzliche Regelung der Beteiligung Privater an der Ausübung der „polizeilichen Rechtssatzform" der AuvBZ wie folgt formulieren:

§ 1:

(1) Wird Privaten durch Bundes- oder Landesgesetz die Befugnis zur Ausübung von Befehlsgewalt und/oder zur Ausübung von Zwangsgewalt gegen Sachen übertragen, so sind dem obersten Organ je nach Gewicht und Reichweite der übertragenen Befugnisse zur Sicherstellung angemessener Leitung (Art 20 Abs 1 B-VG) entsprechende Möglichkeiten hinsichtlich der Auswahl und Ausbildung der zu ermächtigenden Privaten sowie das Recht zur Aufsicht und schließlich das Recht zur Erteilung von Weisungen einzuräumen. Davon unberührt bleibt jedoch die Möglichkeit, dass die ermächtigten Privaten die ihnen übertragenen Befehls- und Zwangsbefugnisse in eigener Entscheidung ausüben können.

(2) Die Möglichkeiten des obersten Organs hinsichtlich der Auswahl der zu ermächtigenden Privaten haben jedenfalls das Recht zu umfassen, die Vertrauenswürdigkeit der in Betracht kommenden Privaten noch vor der Übertragung der Befehls- und/oder Zwangsgewalt zu überprüfen und vertrauensunwürdige Personen abzulehnen. Hinsichtlich der Ausbildung der zu ermächtigenden Privaten muss dem obersten Organ zumindest das Recht zukommen, sich umfassende Kenntnis über die Ausbildungsinhalte zu verschaffen. Die Qualität der so festgestellten Ausbildung ist bei der Beurteilung der Vertrauenswürdigkeit der zu ermächtigenden Privaten entsprechend zu würdigen.

(3) Das Recht des obersten Organs zur Aufsicht hat zumindest das Recht zu umfassen, sich über alle Gegenstände der Befehls- und/oder Zwangsausübung der Privaten zu unterrichten sowie das Recht, Private aus wichtigem Grund abzuberufen.

(4) Dem obersten Organ muss das Recht zukommen, den ermächtigten Privaten in Bezug auf alle mit ihrer Befehls- und/oder Zwangsausübung im Zusammenhang stehenden Tätigkeiten verbindliche Weisungen zu erteilen.

(5) Die in den Absätzen 2 bis 4 genannten Ingerenzbefugnisse des obersten Organs können schon unmittelbar im jeweiligen Gesetz verankert sein. Ist dies nicht der Fall, so hat jedenfalls ein zwischen dem Bund oder dem Land und dem Privaten abzuschließender Vertrag diese Ingerenzbefugnisse zu begründen.

§ 2:

Wird Privaten durch Gesetz die Befugnis zur Ausübung von Zwangsgewalt gegen Menschen übertragen, so ist abweichend von § 1 Abs 1 letzter Satz durch Gesetz oder aufgrund des Gesetzes durch Vertrag vorzusehen, dass ein derart ermächtigter Privater nur unter strikter Aufsicht und nur aufgrund der Entscheidung und Anordnung eines Organs im organisatorischen Sinn handeln darf.

Wie bereits festgestellt wurde, darf bezüglich der inhaltlichen Überlegungen zu diesem Vorschlag auf die oben ausgebreiteten allgemeinen Ausführungen verwiesen werden. Es soll daher an gegebener Stelle der vorliegende Textvorschlag nur mehr in Bezug auf seine innere Systematik kurz erläutert werden:

Wie schon aus dem äußeren Aufbau des Textvorschlages ersichtlich sein dürfte, wird in dessen § 1 Abs 1 zunächst einmal in Form einer allgemeinen Aufzählung klargestellt, welche grundsätzlichen Elemente an Ingerenz bei einer Übertragung von Befehls- bzw. Zwangsgewalt an Private im jeweiligen Gesetz vorgesehen sein müssen. Weiters bezieht sich der Textvorschlag in § 1 Abs 1 zunächst einmal auf die „minderschwere“ Form der Erteilung bloßer Befehle sowie auf die Ausübung von Zwangsgewalt gegen Sachen. Hierbei wird schließlich ausdrücklich klargestellt, dass sich die Ingerenzbefugnisse des obersten Organs auch innerhalb dieser „minderschweren“ Variante jeweils an Gewicht und Reichweite der übertragenen Befugnisse zu orientieren haben (gemeint ist damit ganz allgemein die mit den übertragenen Befugnissen

verbundene potentielle Intensität der Beeinträchtigung der Willensfreiheit der von der Befugnissausübung unmittelbar Betroffenen).

In den Absätzen 2 bis 4 werden dann die in Absatz 1 vorerst nur ganz allgemein aufgezählten Ingerenzbefugnisse näher ausgeführt. In den Absätzen 2 und 3 werden hierbei die Minimalerfordernisse beschrieben, die bei einer Übertragung von Befehls- und/oder Zwangsbefugnissen auf Private jedenfalls vorzuliegen haben.

In § 2 wird schließlich die Übertragung der Befugnis zur Ausübung von Zwangsgewalt gegen Menschen und die damit (mE auch schon nach der geltenden Verfassung) notwendige besondere Ingerenz des obersten Organs behandelt.

Insgesamt betrachtet unterscheidet also der vorliegende Vorschlag gemäß der oben ausgebreiteten allgemeinen Gedankenführung strikt zwischen den grundrechtlich tendenziell gelinder zu beurteilenden Fällen des § 1 und den tendenziell schwerer wiegenden Fällen des § 2. Verbunden mit den jedenfalls einzuhaltenden Minimalerfordernissen an Ingerenz zugunsten des obersten Organs würde dieser Vorschlag im Vergleich zum derzeitigen (thematisch eigentlich fehlenden) Text der Bundesverfassung mE einen deutlichen Fortschritt darstellen. Dass dieser dem einfachen Gesetzgeber bzw letztlich dem nachprüfenden VfGH trotz allem einen nach wie vor nicht unwesentlichen Beurteilungsspielraum beließe (so stellen die jedenfalls herzustellenden Ingerenzbefugnisse eben nur Minimalbefugnisse dar, die entsprechend der Reichweite und dem Gewicht der auf Private zu übertragenden Befugnisse noch entsprechend zu steigern sind), ist aufgrund der unüberschaubaren Fülle an denkbaren Varianten der Ausgestaltung von Befehls- bzw Zwangsbefugnisse mE nicht zu vermeiden.[985]

Damit ist nun auf die Prüfschritte drei und vier zu kommen. Beide gehen ja über die Erörterung der bloß einzeln betrachteten funktionellen Privatisierung hinaus und nehmen insoweit auf einen größeren Zusammenhang Bezug. Während es allerdings in Schritt drei noch um eine - vom Vorliegen einer entsprechenden verfassungsrechtlichen

[985] Bezüglich den Rechtssatzformen Bescheid und Verordnung bedürfte es dagegen noch entsprechend weiterführender Untersuchungen, die aber im Rahmen der vorliegenden Arbeit weder geleistet werden können noch geleistet werden sollten; diese sind ja - wie bereits im Haupttext erwähnt - für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand der allgemeinen Sicherheitspolizei iSd SPG nicht relevant, da sie stets den jeder Privatisierung unzugänglichen Sicherheitsbehörden iSd Art 78a SPG vorbehalten sind.

Anordnung abhängigen - Abwägung in einem irgendwie abgegrenzten Verwaltungsbereich geht, ist ja im vierten und letzten Schritt zu untersuchen, wie weit das Phänomen der „Beteiligung nichtstaatlicher Rechtsträger an der staatlichen Verwaltung“ (und damit auch dessen Teilinhalt der „funktionelle Privatisierungen“) in Bezug auf die Staatsfunktion Verwaltung als Gesamtheit zulässig ist. Während nun die bloße Definition etwaiger normativer Bereichsabgrenzungen noch vergleichsweise leicht durchzuführen sein wird (so jedenfalls für die Bundesverwaltung aufgrund der enumerativen Bundeszuständigkeiten iSd Art 10 ff B-VG; anders aber wohl für die Landesverwaltung aufgrund der Generalklausel des Art 15 Abs 1 B-VG), so wird die möglichst exakte Normierung jener Grenze, aber der innerhalb des jeweiligen Teilbereichs der staatlichen Verwaltung keine weiteren Erfüllungsbeteiligungen mehr zulässig sind, schon schwieriger zu definieren sein. Noch einmal schwieriger wird es dann wohl schließlich sein, durch eine von diesen Bereichsabgrenzungen formal getrennte verfassungsrechtliche Regelung möglichst genau zu bestimmen, ab wann nichtstaatliche Erfüllungsbeteiligungen insgesamt (also in Bezug auf die staatlichen Verwaltung als Gesamtheit) unzulässig werden. Insoweit ist der „einfache“ Verfassungsgesetzgeber bei einer allfälligen Regelung letztlich wohl durch das demokratische Baugesetz begrenzt, wobei diesbezüglich wiederum das schon mehrfach erwähnte Problem der normativen Unbestimmtheit der einschlägigen Bestimmungen bzw die dadurch bedingte Schwierigkeit rechtswissenschaftlicher Erkenntnis auch in Bezug auf „baugesetzliche Grenzen“ wiederkehrt.

Nun kann auch im Rahmen dieser Untersuchung kein abschließender bzw detaillierter Lösungsvorschlag zu diesem Problemkreis unterbreitet werden, zumal dies wiederum auch gar nicht ihr eigentlicher Gegenstand ist. Ein möglicher Ansatzpunkt könnte es hierbei aber unter Umständen sein, allein schon durch (politisch) sinnvoll gestaltete Bereichsabgrenzungen möglichst die gesamte staatliche Verwaltung im funktionellen Sinn zu erfassen und unter Beachtung von Quantität und Qualität aller insoweit betroffenen Aufgaben und Befugnisse ihre entsprechend „gleichmäßige Aufteilung“ zu erreichen. Darauf aufbauend könnte dann schließlich per ausdrücklicher Verfassungsbestimmung angeordnet werden, dass dann, wenn in keinem dieser derart gebildeten Bereiche eine Überschreitung des zulässigen Maßes an Erfüllungsbeteiligungen bzw eine dadurch bedingte Unterschreitung des notwendigen

Maßes an demokratischer Legitimation vorliegt, auch in Bezug auf die staatliche Verwaltung als Gesamtheit keine Unterschreitung des notwendigen Maßes an demokratischer Legitimation festzustellen ist. Auf diese Weise würden dann also die in der Theorie mE vorerst einmal auseinander zu haltenden Prüfschritte drei und vier in der praktischen legistischen Ausgestaltung quasi „zusammengezogen" werden.[986] Die konkrete Prüfung würde sich daher insoweit um den vierten und letzten Schritt verkürzen, da dieser sozusagen in den „dezentralisierten" (weil aufgeteilten) Bereichsabwägungen aufgeht; letztlich würde sich mit einem solchen Modell der „Dezentralisierung" aber auch die mit einer abschließenden Gesamtbeurteilung am Maßstab der gesamten staatlichen Verwaltung verbundene Unsicherheit auf die einzelnen Bereiche aufteilen und auf diese Weise unter Umständen leichter handhabbar machen (möglicher Weise war auch genau das die Motivation hinter der vom VfGH vorgenommenen Bereichsabwägung in VfSlg 14.473/1996; da sich dazu aber keine näheren Hinweise finden lassen, kann die hier geäußerte Vermutung letztlich nicht bewiesen werden). Die Abwägung innerhalb der einzelnen Verwaltungsbereiche könnte dann schließlich zB dahingehend geregelt werden, dass - wiederum aufgrund einer entsprechenden Verfassungsbestimmung - nur „vereinzelte Kompetenzen" auf nichtstaatliche bzw private Rechtsträger übertragen werden dürfen und dass hierbei ganz im Sinne eines beweglichen Systems neben der reinen Anzahl der staatlichen Kompetenzen auch deren Qualität zu berücksichtigen ist.[987] Dennoch würde allerdings auch bei diesem Regelungsmodell ein nicht unwesentlicher Beurteilungsspielraum je

[986] Bereits in Punkt 9.3.1 wurde vermerkt, dass die in dieser Arbeit vorgeschlagenen Prüfschritte offensichtlich sowohl in der Literatur als auch in der verfassungsgerichtlichen Judikatur nicht klar genug auseinander gehalten bzw unter Umständen überhaupt nicht als solche erkannt werden. Wiederum ist in diesem Zusammenhang insb auf die Entscheidung VfSlg 14.473/1996 zu verweisen, wo der VfGH schon bei der Prüfung der einzelnen funktionellen Privatisierung in völlig undifferenzierter Weise einerseits unverkennbar auf eine Bereichsabgrenzung abstellt („Bereich der Zivilluftfahrt") sowie andererseits offensichtlich auch auf die staatliche Verwaltung als Gesamtheit Bezug nimmt (siehe nur seine in gegenständlichem Zusammenhang gewählte Formulierung: „durch den Wesensgehalt der Bundesverfassung allgemein bestimmten Aufbau der staatlichen Verwaltung"). Abgesehen von der Tatsache, dass es für eine Bereichsabgrenzung wie der in dieser Entscheidung vorgenommenen mE keine überzeugenden dogmatischen Anhaltspunkte gibt, sind auch keinerlei Hinweise ersichtlich, anhand deren gesagt werden könnte, ob der VfGH in der genannten Entscheidung bewusst die unterschiedlichen Schritte vermengt hat oder ob ihm dies bloß „passiert" ist; für Beispiele aus dem Schrifttum siehe *Baumgartner*, Ausgliederung 95, 255 und FN 1215, sowie *Korinek*, Bedingungen 51, die im Zusammenhang mit dem Kriterium der „vereinzelten Aufgaben" zwar auf die Hoheitsverwaltung als Gesamtheit abstellen aber gleichzeitig ebenso die Kompetenzbestimmungen als Merkmale zu Bereichsabgrenzungen vorschlagen.

[987] Vgl zB Art 9 Abs 2 B-VG hinsichtlich der Übertragung „einzelner Hoheitsrechte" auf andere Völkerrechtssubjekte sowie Art 20 Abs 2 Z 6 B-VG bezüglich der Weisungsfreistellung von Verwaltungsorganen zur Durchführung „einzelner Angelegenheiten des Dienst- und Disziplinarrechts".

Verwaltungsbereich verbleiben, der letztlich wieder vom VfGH zu konkretisieren wäre. Ein gewisses Maß an Unsicherheit scheint daher - jedenfalls nach diesen rudimentären Überlegungen - unvermeidbar zu sein. Genaueres zu dieser speziellen Frage muss jedoch einer eigenen Untersuchung vorbehalten bleiben, zumal sicher noch weitere bzw bessere Alternativen zu dem hier vorgeschlagenen Modell zu finden sind.

Als Abschluss der vorliegenden Arbeit sollen nun im nächsten Punkt exemplarisch zwei Beispiele näher auf ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit hin untersucht werden, wobei diese Prüfung am Maßstab der verfassungsrechtlichen Situation de lege lata erfolgt. Da allerdings die im Zusammenhang mit Prüfschritt zwei vorgeschlagene (ausdrückliche) verfassungsrechtliche Regelung de lege ferenda in Bezug auf private Erfüllungsbeteiligungen an der „polizeilichen Rechtssatzform“ der AuvBZ meiner Ansicht nach der aktuellen Verfassungsrechtslage ohnehin in wesentlichen Teilen entsprechen dürfte bzw diese im Wesentlichen bloß ausdrücklich klarstellt, wird dieser Hinweis sogleich wieder relativiert.
Bei den im Anschluss untersuchten Beispielen handelt es sich nun einerseits um die durch das LSG 2011 neu geregelten Sicherheitskontrollen auf bestimmten Flughäfen sowie andererseits um die im GOG geregelten Sicherheitskontrollen in bestimmten Gerichtsgebäuden. Beide regeln auf jeweils unterschiedliche Weise die Vornahme von Handlungen mit jeweils unterschiedlicher grundrechtsrelevanter Intensität, die durch vertraglich beauftragte private Rechtsträger vorgenommen werden können. Da diese Handlungen jedenfalls dem Staat als verantwortlichen Rechtsträger zuzurechnen sind, handelt es sich in beiden Fällen - soviel kann bereits jetzt vorweg genommen werden - um funktionelle Privatisierungen im Sinne von Punkt 2.5.5.2.

12. Konkrete Beispiele

12.1 Sicherheitskontrollen nach dem LSG 2011

12.1.1 Allgemeines

Das Beispiel der Personen- und Gepäckdurchsuchungen, wie sie im neuen Luftfahrtsicherheitsgesetz 2011 (LSG 2011)[988] geregelt sind, eignet sich mE zur Illustration des bisher Gesagten nicht nur aufgrund seiner Aktualität besonderes gut, sondern vor allem auch wegen seiner „sicherheitspolizeilichen Natur“[989] iSd Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG.[990] In gewisser Weise könnte man mE auch sagen, dass es sich hierbei um *das* (tatsächlich schon verwirklichte) Paradebeispiel handelt, wenn es um funktionelle Privatisierungen im Bereich der allgemeinen Sicherheitspolizei geht.[991]

Im Rahmen der nun folgenden Ausführungen wird das Schwergewicht vor allem auf den konkret durch das LSG hergestellten Ingerenzmöglichkeiten des zuständigen obersten Organs liegen. Dies liegt einerseits hauptsächlich an der etwas verklausulierten Konstruktion des LSG selbst, sowie andererseits natürlich auch an dem oben herausgearbeiteten Umstand, dass gerade das durch die jeweils hergestellte Ingerenz verwirklichte Maß an demokratischer Legitimation für die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der jeweiligen funktionellen Privatisierung von besonderer Bedeutung ist. Die diesbezüglichen Überlegungen sind daher im Sinne des zweiten Prüfschritts des oben vorgeschlagenen Prüfschemas zu verstehen (siehe Punkt 9.5). Die Problematik einer etwaig angeordneten „Bereichsabwägung“ iSd dritten Prüfschritts stellt sich nicht (siehe Punkt 7.3.3). Eine Untersuchung iSd vierten

[988] BGBl I Nr 2010/111; Langtitel:„Bundesgesetz, mit dem Bestimmungen über Sicherheitsmaßnahmen im Bereich der Zivilluftfahrt getroffen werden.“.
[989] Die RV 981 BlgNR 24. GP, 154 bezieht sich (unter anderem) ausdrücklich auf den Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG (speziell auf die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit); vgl auch *Strejcek*, Sicherheitskontrollen 401 f, sowie *Wach*, Sicherheitsdienste 51, beide allerdings noch zum (alten) LSG 1992; ebenfalls *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 80 f; *Raschauer*, Kontrolle 23.
[990] Andere Beispiele zur Prüfung von Entstaatlichungen bieten die Arbeiten von *Brünner/Hauser*, BStMG 100 ff, sowie *Klingenbrunner*, Ersatzmaut 164 ff, beide zur Einbindung der ASFINAG bzw privater Mautaufsichtsorgane in den Vollzug des BStMG; die vom VfGH aufgestellten (unbegründeten) Kriterien werden dort aber jeweils ungeprüft übernommen, weshalb die genannten Arbeiten auch nur dementsprechend kurz gehalten sind.
[991] Vgl wiederum *Strejcek*, Sicherheitskontrollen 401 f; *Wach*, Sicherheitsdienste 48 ff.

Prüfschritts (also in Bezug auf die Staatsfunktion Verwaltung als Gesamtheit) kann hier schließlich schon aus umfänglichen Gründen nicht geleistet werden.

Zum konkreten Beispiel: am 01.01.2011 trat das neue LSG 2011 in Kraft (§ 19 Abs 1 LSG). Damit wurde das alte LSG 1992 abgelöst und vor allem gemeinschaftsrechtliche Vorgaben in Bezug auf die Sicherheit der zivilen Luftfahrt umgesetzt.[992] So wie schon nach der alten Rechtslage besteht - im Lichte der nach wie vor als äußerst hoch einzuschätzenden internationalen Terrorgefahr - natürlich aber auch gemäß dem neuen LSG 2011 unter anderem die Verpflichtung, Personen- und Gepäckkontrollen durchzuführen, bevor bestimmte sicherheitsrelevante Bereiche auf Zivilflughäfen betreten werden dürfen. Bei dieser Verpflichtung handelt es sich wohl unstrittig um eine Staatsaufgabe, da sie gemäß § 5 LSG ganz allgemein den Sicherheitsbehörden zukommt;[993] folgerichtig haftet auch der Bund gemäß § 8 Abs 1 LSG für etwaige Schäden nach den Bestimmungen des AHG.

Aber nicht nur die allgemeine Verpflichtung zur Durchführung entsprechender Kontrollen wurde aus der alten Rechtslage übernommen, sondern auch die Inpflichtnahme der Zivilflugpatzhalter[994] dahingehend, als diese (neben anderen konkretisierenden Verpflichtungen[995]) insb die Durchsuchung von Personen und deren Gepäcksstücken für die Sicherheitsbehörden zu gewährleisten haben, sofern - und dies ist neu - der betreffende Flughafen ein jährliches Passagieraufkommen von mindestens 100.000 abfliegenden Passagieren aufweist. Damit wurde der Kreis der betroffenen Zivilflugplatzhalter deutlich vergrößert, da nach der alten Rechtslage nur Halter von

[992] Siehe dazu insb die RV 981 BlgNR 24. GP, 12, 153 ff sowie die §§ 1 und 2 LSG. In Entsprechung dieser gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben hat nunmehr der Bundesminister für Inneres im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie durch Verordnung ein nationales Sicherheitsprogramm festzulegen. Darüber hinaus haben aber auch insb Zivilflugpatzhalter und Luftfahrtunternehmen jeweils eigene Sicherheitsprogramme zu erstellen, die dann vom jeweils zuständigen obersten Organ zu genehmigen sind.

[993] Die Verpflichtungen des § 5 LSG sind ausdrücklich „für die Sicherheitsbehörden" zu erfüllen; die ehemals unmissverständliche Formulierung des § 1 LSG 1992 („Den Sicherheitsbehörden obliegt der besondere Schutz von Zivilluftfahrzeugen und der Menschen, die sich an Bord befinden oder an Bord gehen, vor gefährlichen Angriffen …") wurde in dieser Deutlichkeit aber nicht mehr in das neue LSG 2011 übernommen.

[994] Anders als im LSG 1992, das in § 4a Abs 1 leg cit noch ausdrücklich von der „Inpflichtnahme eines Flugplatzhalters" sprach, findet der Begriff „Inpflichtnahme" im neuen LSG 2011 keine Verwendung mehr; allerdings ist die gegenständliche Heranziehung der Zivilflugplatzhalter auch nach der neuen Rechtslage inhaltlich im Wesentlichen dieselbe geblieben, weshalb ich auch weiterhin von einer „Inpflichtnahme" sprechen möchte, zumal dies ja auch die RV 981 BlgNR 24. GP, 12, 57 macht.

[995] Siehe dazu insgesamt § 5 Z 1 bis 7 LSG.

Flugplätzen mit mindestens 2 Millionen jährlich abfliegenden Passagieren erfasst wurden.[996] Allerdings können die Zivilflugplatzhalter hinsichtlich der tatsächlichen Durchführung dieser Sicherheitskontrollen nach § 6 LSG wiederum speziell darauf eingestellte Unternehmer oder Gesellschaften (Unternehmen) vertraglich beauftragen, wobei das in Frage kommende Unternehmen bestimmten wirtschaftlichen und organisatorischen Anforderungen standhalten muss.

Insofern liegt also quasi eine „doppelte" Einbindung von Privaten vor[997], da im ersten Schritt die grundsätzlich den Sicherheitsbehörden obliegende Aufgabe (nämlich ganz allgemein: der vorbeugende Rechtsgüterschutz in Form von verpflichtenden Sicherheitsmaßnahmen im Bereich der Zivilluftfahrt[998]) hinsichtlich der Gewährleistung der Personen- und Gepäckdurchsuchungen im Zuge einer einseitig-hoheitlichen Anordnung auf den jeweiligen Zivilflugplatzerhaltern übertragen wird und diese Flugplatzhalter in einem zweiten Schritt die tatsächliche Durchführung der Personen- und Gepäcksdurchsuchungen einem quasi „Subunternehmer" (konkret: einem privaten Sicherheitsunternehmen) vertraglich überbinden können.

12.1.2 Grundrechtliche Überlegungen zur Inpflichtnahme

Zunächst einmal zur Inpflichtnahme der Zivilflugplatzhalter: diese werden - wie erwähnt - nicht einvernehmlich (also insb durch Vertrag), sondern einseitig-hoheitlich durch § 5 LSG zur Gewährleistung entsprechend durchgeführter Durchsuchungen verpflichtet. Wie oben unter Punkt 2.6 skizziert, könnte diese heteronome Heranziehung unter Umständen einen bedenklichen Eingriff in grundrechtlich abgesicherte Positionen der Zivilflugplatzhalter darstellen (jedenfalls dann, wenn es sich bei diesen um „echte" Private iSv Punkt 2.5.2 handelt). Allerdings ist hierbei sogleich zu beachten, dass nach

[996] Nach der RV 981 BlgNR 24. GP, 12, 153 f sollen so die aus der bisherigen Inpflichtnahme von Zivilflugplatzhaltern gewonnenen positiven Erfahrungen hinsichtlich diverser betriebs- und verkehrswirtschaftlicher Synergieeffekte verstärkt genutzt werden.

[997] Natürlich nur, sofern es sich beim betreffenden Zivilflugplatzhalter selbst - wenn auch nur um einen „unechten" (dann allerdings würde nach der hier vertretenen Begriffsbestimmung eine Ausgliederung vorliegen; siehe Punkt 2.5.4) - Privaten handelt.

[998] Vgl dazu insb § 22 SPG, den Titel des ehemaligen § 1 LSG 1992 („Vorbeugender Schutz") sowie die dem LSG 2011 ausdrücklich zugrunde liegende VO (EG) Nr 300/2008, die sowohl in Punkt 1 der einleitenden Erwägungen als auch in ihrem Art 1 vom Schutz der Zivilluftfahrt vor unrechtsmäßigen Eingriffen spricht, die die Sicherheit der Zivilluftfahrt gefährden.

den Ausführungen in der RV[999] zum LSG 2011 diese Inpflichtnahme insb deshalb erfolgt, um wirtschaftliche und flugverkehrstechnische Synergien zu nutzen und dadurch nicht nur Primärkosten gesenkt werden sollen, sondern dass in weiterer Folge vor allem auch eine nachhaltige Stärkung der Stellung der in Betracht kommenden Flughäfen im internationalen Wettbewerb angestrebt wird. Mit diesen - hauptsächlich wirtschaftlich determinierten - Zielsetzungen zusammenhängend ist weiters zu beachten, dass den Zivilflugplatzhaltern gemäß § 11 Abs 1 LSG pro abfliegendem Passagier vom Luftfahrtunternehmen ein kostendeckendes (aber auch angemessenes) Sicherheitsentgelt zusteht, das im Übrigen nicht mehr - wie noch der „Sicherheitsbeitrag" nach §§ 10 ff LSG 1992 - hoheitlich, sondern privatrechtlich durch Vereinbarungen mit den Luftfahrtunternehmen festzulegen ist.[1000]

In Beachtung dieser - hier nur in aller Kürze umrissenen - Umstände scheint es sich also bei der Inpflichtnahme um eine gegenüber den Zivilflugplatzhaltern nach § 5 LSG vorab einmal sachlich (insb wirtschaftlich) gerechtfertigte Maßnahme zu handeln. Als solche vermag sie mE auch etwaige grundrechtliche Bedenken zu zerstreuen.[1001]

12.1.3 Qualitatives Element iSe absoluten Grenze

Von der Frage der Zulässigkeit der Inpflichtnahme in Bezug auf das Verhältnis anordnender Staat - Zivilflugplatzhalter zu unterscheiden ist im Weiteren die Frage, ob die durch das LSG 2011 verwirklichte Einbindung Privater in die Gewährleistung bzw in die tatsächliche Durchführung der Personen- und Gepäckskontrollen auch im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Organisationskonzept der Verwaltung (Art 20 Abs 1 iVm Art 77 Abs 1 B-VG; damit also die Frage, die in dieser Untersuchung im Mittelpunkt steht) objektiv verfassungsrechtlich zulässig ist. Konkret ist in diesem Zusammenhang zunächst einmal zu prüfen, ob etwa eine absolute Grenze iSd ersten Prüfschritts des obigen Prüfschemas (siehe Punkt 9.5) überschritten wurde.

[999] RV 981 BlgNR 24. GP, 12, 153 f.
[1000] RV 981 BlgNR 24. GP, 158.
[1001] Zum allgemeinen Sachlichkeitsgebot als äußerste Schranke einfachgesetzlicher Maßnahmen und der damit zusammenhängenden (bloßen) Vertretbarkeitskontrolle durch den VfGH, siehe oben Punkt 5.

Hierzu ist einmal die Feststellung von besonderer Bedeutung, dass weder die Zivilflugplatzhalter bzw ihre Organe noch die von Zivilflugplatzhaltern mit der konkreten Durchführung der Personen- und Gepäckdurchsuchungen beauftragten Unternehmen oder deren Dienstnehmer zur Ausübung von Zwangsgewalt gegen Menschen ermächtigt werden. Dies obliegt nach § 3 Abs 5 LSG allein den (unmittelbar staatlichen) Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes, die hierbei an die Vorgaben des § 50 Abs 2 und 3 SPG gebunden sind.

Weiters ist festzustellen, dass die durch das LSG 2011 verpflichteten bzw allenfalls vertraglich herangezogenen Privaten weder im Sinne der Schaffung einer eigenen Sicherheitsbehörde beliehen werden noch als geschlossene Einheiten Verwendung finden sollen.

Damit lässt sich im Ergebnis festhalten, dass entsprechend den obigen Ausführungen zum qualitativen Element (insb aber zu den für Private jedenfalls unzulässigen Aufgaben-Befugnis-Kombinationen im Zusammenhang mit Art 2 EMRK) doch sehr deutlich keine absoluten Grenzen überschritten werden.

12.1.4 Ingerenz

Insofern sind nun - ganz im Sinne des zweiten Prüfschrittes - als nächstes die Gestaltungs-, Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten des sachlich in Betracht kommenden obersten Organs (hier also dem Bundesminister für Inneres) gegenüber den in die Erfüllung der Aufgabe der Personen- und Gepäcksdurchsuchung eingebundenen Privaten zu betrachten. Hiermit geht es also nun um die durch das LSG 2011 konkret verwirklichte Ingerenz des zuständigen obersten Organs gegenüber den in die Pflicht genommenen Zivilflugplatzhaltern sowie den von diesen allenfalls beauftragten Sicherheitsunternehmen (sowie ihrer jeweiligen Dienstnehmern). ME erscheint es hierzu sinnvoll, die folgenden Erörterungen gemäß den in der umfassenden Leitungsbefugnis iSd Art 20 Abs 1 B-VG enthaltenen Elementen - nämlich Weisungsbefugnis, Personalhoheit, Organisationsgewalt und Finanzhoheit - zu gliedern.

12.1.4.1 Weisungsverhältnisse

Hier ergibt einmal der Blick auf § 13 Abs 1 LSG, dass Zivilflugplatzhalter im Rahmen der Wahrnehmung von Aufgaben des § 5 LSG (also der Gewährleistung der Personen- und Gepäckdurchsuchungen und damit eng zusammenhängende bzw diese Durchsuchungen ergänzende Verpflichtungen)[1002] ausdrücklich und umfassend der Aufsicht und den Anordnungen der örtlich zuständigen Sicherheitsbehörde erster Instanz unterstehen.[1003] Ergänzt wird diese Aufsichts- und Weisungsbindung durch die ebenso umfassende Kontrollbefugnis des Bundesministers für Inneres bzw (je nach Zuständigkeit) des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie hinsichtlich der Qualität der in den gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Sicherheitsprogrammen und der in diversen anderen Quellen vorgesehenen Sicherheitsmaßnahmen (vgl dazu § 13 Abs 2 LSG).
Zur effektiven Wahrnehmung dieser Aufsicht und Kontrolle sind die jeweils zuständigen Behörden und ihre Organe sehr weitreichend ermächtigt, Räume, Grundstücke und Fahrzeuge zu betreten, in die mit der Qualität der Pflichterfüllung in Zusammenhang stehenden Dokumente Einsicht zu nehmen sowie von so gut wie allen mit dem Flugbetrieb in Verbindung stehenden Personen und Unternehmen Auskunft zu verlangen. Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (siehe § 5 SPG) sind ermächtigt, diese Befugnisse notfalls auch mit unmittelbarem Zwang iSd § 50 Abs 2 und 3 SPG durchzusetzen (siehe dazu näher § 13 Abs 4 LSG).

Was es allerdings nicht gibt, sind unmittelbar durch das Gesetz eingeräumte Weisungsbefugnisse der Sicherheitsbehörden oder der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes gegenüber den die Durchsuchungen tatsächlich vornehmenden Bediensteten des Zivilflugplatzhalters oder eines vertraglich durch diesen beauftragten Unternehmens. Dieser Mangel wird aber insofern auf dem - mE etwas umständlichen Weg - geschlossen, als dass der Zivilflugplatzhalter (der ja wie erwähnt seinerseits nach

[1002] Die in § 5 LSG 2011 angeordneten Verpflichtungen des Zivilflugplatzhalters stellten nach der alten Rechtslage des LSG 1992 im Wesentlichen nur per Gesetz angeordnete Bedingungen dar, die in einen Vertrag zwischen der Gebietskörperschaft Bund und dem herangezogenen Sicherheitsunternehmen entsprechend aufzunehmen waren. Die betroffenen Flugplatzhalter waren nur zum Ergebnis des jeweiligen Ausschreibungsverfahrens zu hören (vgl §§ 4, 5 LSG 1992).
[1003] Nach der alten Rechtslage des LSG 1992 fehlte noch eine solche ausdrücklich angeordnete Weisungsbindung der Flugplatzhalter.

§ 13 Abs 1 LSG einer umfassenden und unmittelbaren Weisungsbindung unterliegt und insofern den Dreh- und Angelpunkt in der funktionellen Privatisierung des LSG darstellt) nach § 5 Z 6 LSG verpflichtet ist, jene Dienstnehmer, die Durchsuchungen der Passagiere vornehmen, (vertraglich) zu verpflichten, eine von einer Sicherheitsbehörde oder einem Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes im Zusammenhang mit der Qualität der Durchführung von Durchsuchungen erteilte Anordnung zu befolgen. Dass mit diesen zu verpflichtenden Dienstnehmern nicht bloß die unmittelbar eigenen Dienstnehmer des Zivilflugplatzhalters gemeint sind, sondern auch die eines etwaig beauftragten Unternehmens, ergibt sich mE einmal schon aus dem Wortlaut des § 5 Z 6 LSG.[1004] Darüber hinaus kann sich diese Ansicht aber auch auf § 6 Abs 1 zweiter Satz LSG stützen, wo nämlich das beauftragte Unternehmen zwar ausdrücklich mit der Erfüllung der Verpflichtungen des § 5 Z 1 bis 6 LSG des Zivilflugplatzhalters (und damit eben auch der Verpflichtung zur Herstellung der Weisungsbindung) in Verbindung gebracht wird, ohne damit aber die vertraglich beauftragten Unternehmer und ihre Dienstnehmer schon ex lege an die Weisungen der Sicherheitsbehörden und der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zu binden oder auch nur die vom Zivilflugplatzhalter vertraglich beigezogenen Sicherheitsunternehmen schon unmittelbar durch das Gesetz damit zu beauftragen, quasi selbst ihre Dienstnehmer mit der betreffenden Weisungsbindung zu verpflichten.[1005] Diese Obliegenheit zur Herstellung der Weisungsbindungen aller mit Durchsuchungstätigkeiten befassten

[1004] § 5 Z 6 LSG spricht hinsichtlich der betreffenden Verpflichtung des Zivilflugplatzhalters ausdrücklich nicht von „seine" Dienstnehmer, sondern von „jene" Dienstnehmer, womit die organisatorische bzw arbeitsrechtliche Zugehörigkeit der betreffenden Personen offen gelassen wird. Für diese eng am Wortlaut orientiere Interpretation des § 5 Z 6 LSG sprechen im Übrigen auch systematische Argumente, da in § 13 Abs 4 Z 3 LSG hinsichtlich der von behördlichen Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen unmittelbar Betroffenen ausdrücklich zwischen den Dienstnehmern des Zivilflugplatzhalters und solchen eines allenfalls beauftragten Unternehmens unterschieden wird. Es kann daher mE auch für das Verständnis des § 5 Z 6 LSG nicht gleichgültig sein, ob sich der Gesetzgeber des Wortes „seine" oder des umfassenderen „jene" bedient.

[1005] Die Verpflichtungen des § 5 LSG entfalten also mE nur gegenüber dem Zivilflugplatzhalter unmittelbare Wirkung, nicht aber auch gegenüber dem beauftragten Unternehmer bzw dessen Dienstnehmer. Für dieses Auslegungsergebnis spricht nicht nur der Wortlaut des § 5 LSG (die Verpflichtung bezieht sich hier ausdrücklich nur auf den Zivilflugplatzerhalter), sondern auch § 6 Abs 2 LSG, der eine gänzliche Weitergabe der Verpflichtungen des § 5 LSG an den beauftragten Unternehmer für unzulässig erklärt. Damit handelt es sich aber umgekehrt bei § 5 LSG eben ex lege nur um Verpflichtungen des Zivilflugplatzhalters und nicht um solche des beauftragten Unternehmens. Gänzlich unstrittig dürfte damit aber auch sein, dass keine ex lege angeordnete Bindung des beauftragten Unternehmens bzw seiner Dienstnehmer an Weisungen der Sicherheitsbehörden und der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes vorliegt.

Personen gegenüber Sicherheitsbehörden und Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes trifft mE eben nur den jeweiligen Zivilflugplatzhalter.
Ebenso ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass der Zivilflugplatzhalter gemäß § 6 Abs 2 LSG seine Verpflichtungen nach § 5 Z 1 bis 6 LSG keinesfalls zur Gänze auf das beauftragte Unternehmen übertragen kann; vielmehr muss er sicherstellen, dass ihm sowohl die notwendigen Steuerungsmaßnahmen in Hinblick auf die Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Passagierdurchsuchung als auch die periodische Qualitätskontrolle iSd § 5 Z 7 LSG vorbehalten bleiben.

Durch dieses Konstrukt besteht also insgesamt die umfassende Verpflichtung des Zivilflugplatzhalters, das Verhältnis zum gesamten Durchsuchungspersonal so auszugestalten, dass er selbst auf das Durchsuchungsgeschehen entsprechend Einfluss nehmen kann, und dass er von diesen Einflussmöglichkeiten gegebenenfalls auch tatsächlich Gebrauch machen muss. Weiters ist er - wie erwähnt - verpflichtet, die Bindung aller vor Ort Durchsuchenden an Weisungen der Sicherheitsbehörde und der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes herzustellen.
Quasi „abgerundet" bzw „vervollständigt" werden diese (sowie alle sonstigen nach den einschlägigen Rechtsquellen[1006] bestehenden) Verpflichtungen des Zivilflugplatzhalters (aber auch einer Vielzahl anderer mit dem Flugbetrieb in Verbindung stehender Stellen und ihrer Dienstnehmer[1007]) durch § 14 LSG, der Pflichtwidrigkeiten mit Verwaltungsstrafe bis zu 50.000 Euro bzw im Wiederholungsfall mit bis zu 80.000 Euro unter Sanktion stellt, sofern der nach § 13 Abs 3 LSG vorgeschriebenen behördlichen Aufforderung zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes nicht binnen angemessener Frist nachgekommen wird.

Aus rechtspolitischer Sicht ist mE zu bemerken, dass das verschachtelte Ineinandergreifen von schon ex lege bestehenden[1008] und den erst vertraglich

[1006] § 14 LSG nennt in diesem Zusammenhang das unmittelbar anwendbare Unionsrecht, das LSG selbst, die auf Grundlage der genannten Vorschriften erteilten Bewilligungen sowie das nationale Sicherheitsprogramm nach § 1 LSG.
[1007] Siehe dazu § 14 LSG sowie die zahlreichen Begriffsbestimmungen in Art 3 der VO (EG) Nr 300/2008.
[1008] Nämlich gegenüber den Zivilflugplatzhaltern (§ 13 Abs 1 LSG).

herzustellenden[1009] Aufsichts- und Anordnungsbefugnissen weder der Übersichtlichkeit noch der Rechtssicherheit besonders dienlich sind; sind doch zur vollen Erfassung aller bestehenden Weisungszusammenhänge und deren konkrete Reichweite nämlich auch die Vereinbarungen zwischen Zivilflugplatzhalter und seinen Dienstnehmern sowie die Verträge zwischen Zivilflugplatzhalter und allenfalls beauftragten Unternehmen bzw dessen Dienstnehmern zu studieren. Warum hier nicht gleich die für die (verfassungsrechtlich geforderte) Ingerenz des obersten Organs wesentlichen Weisungs- und Aufsichtszusammenhänge unmittelbar staatlicher Sicherheitsbehörden gegenüber den Dienstnehmern des Zivilflugplatzhalters bzw jener eines beauftragten Unternehmen schon per Gesetz eindeutig und unmissverständlich angeordnet wurden, bleibt leider auch nach eingehender Durchsicht der Materialien unerfindlich.

12.1.4.2 Einflussmöglichkeiten auf die Personalauswahl

Hinsichtlich der Einflussmöglichkeiten staatlicher Organe im organisatorischen Sinn auf die Auswahl des zur Durchführung der Sicherheitskontrollen eingesetzten Personals (also der staatlichen Organe im funktionellen Sinn) ist zu vermerken, dass gemäß § 7 LSG der Zivilflugplatzhalter nur solche Personen zur Vornahme von Durchsuchungen von Passagieren, ihrer Kleidung, ihres Gepäcks und der von ihnen mitgeführten persönlichen Gegenstände heranziehen darf, zu deren Verwendung eine nicht widerrufene schriftliche Zustimmungserklärung des örtlich zuständigen Sicherheitsdirektors vorliegt. Diese Zustimmungserklärung darf wiederum nur dann gegeben werden, wenn die fachliche Eignung insb aufgrund der Schulung des Betreffenden glaubhaft gemacht und seine Vertrauenswürdigkeit durch eine Sicherheitsüberprüfung iSd § 55 ff SPG nachgewiesen wurde.[1010] Selbiges gilt im Übrigen auch für leitende Mitarbeiter in der Passagierdurchsuchung. Ist die betreffende Person nicht mehr geeignet oder vertrauenswürdig, so ist die Zustimmungserklärung vom Sicherheitsdirektor zu widerrufen.[1011]

[1009] Nämlich gegenüber den privaten Dienstnehmern, die tatsächlich Durchsuchungshandlungen oder Befehlsakte vornehmen.

[1010] Die Zustimmungserklärung gilt für 5 (bzw in speziellen Fällen für 3) Jahre und kann bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen jeweils um den gleichen Zeitraum verlängert werden.

[1011] Hinsichtlich der Ausbildner für Passagierdurchsuchungspersonal und Ausbildner für leitende Mitarbeiter in der Passagierdurchsuchung hat der Bundesminister für Inneres die Zustimmungserklärung

Das Gesetz sieht allerdings keine Möglichkeiten dahingehend vor, dass die vertragliche Übereinkunft zwischen dem in die Pflicht genommenen Zivilflugplatzhalter und dem von diesem herangezogenen Unternehmen im Fall etwaiger Pflichtwidrigkeiten durch staatliche Organe im organisatorischen Sinn direkt aufgelöst werden könnte oder dass etwaig ungeeignete oder vertrauensunwürdige Dienstnehmer des Zivilflugplatzhalters oder eines von diesem beauftragten Unternehmens direkt von unmittelbar staatlichen Organen ihrer Tätigkeit enthoben werden könnten. Den unmittelbar staatlichen Sicherheitsbehörden (und damit über den Weg des Art 20 Abs 1 B-VG auch des Bundesministers für Inneres als oberstem Organ) bleibt daher in diesen Fragen letztlich nur der indirekte Weg über die Ausübung der schon ex lege bestehenden Anordnungs- und Aufsichtsbefugnisse gegenüber dem jeweiligen Zivilflugplatzhalter sowie gegebenenfalls (nämlich dann, wenn der Aufforderung zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes nicht entsprochen wird) der Weg über die Geltendmachung der verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten des § 14 LSG.

12.1.4.3 Organisationsgewalt und Finanzhoheit

Was etwaige Möglichkeiten der staatlichen Einflussnahme auf die Gestaltung der internen Organisation der Zivilflugplatzhalter und der von diesen allenfalls herangezogenen Unternehmen betrifft, ist - ganz im Sinne der obigen Überlegungen in Punkt 8 - festzustellen, dass sich hierzu im LSG 2011 keinerlei Bestimmungen finden lassen. Selbiges gilt auch im Hinblick auf deren Finanzhoheit, also vor allem hinsichtlich ihrer Finanzausstattung und Finanzgebarung.

Das LSG 2011 beschränkt sich im gegebenen Zusammenhang nur auf die Vorgabe, dass gemäß § 6 Abs 1 Z 3 LSG das vom Zivilflugplatzhalter ausgewählte Unternehmen dafür Gewähr bieten muss, dass zufolge „seiner“ (eben unternehmenseigenen) finanziellen Ausstattung und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit die Erfüllung der vom Zivilflugplatzhalter übernommen Aufgaben in vollem Umfang erwartet werden kann.

---

abzugeben und gegebenenfalls zu widerrufen. Als Voraussetzungen gelten auch wieder die entsprechende fachliche Eignung sowie Vertrauenswürdigkeit.

12.1.5 Gesamtwürdigung

Es soll nun der Versuch unternommen werden, die bisher ausgebreitete rechtliche Situation des LSG 2011 vor dem bisher in dieser Untersuchung dargestellten verfassungsrechtlichen Hintergrund einer Würdigung im Hinblick auf die Zulässigkeit der Einbeziehung der Zivilflugplatzhalter und der von diesen allenfalls vertraglich herangezogen Unternehmen zu unterziehen.

Hierzu ist zunächst noch einmal an die von der gegenständlichen „Entstaatlichung" betroffenen Aufgaben und Befugnisse zu erinnern. Den vom Zivilflugplatzhalter herangezogenen Dienstnehmern (also seinen eigenen Dienstnehmern oder die eines beauftragten Unternehmens) obliegt die Durchführung der Durchsuchung jeden Passagiers (nämlich bevor dieser Zutritt zu einem in einem Sicherheitsprogramm gemäß § 2 LSG festgelegten Sicherheitsbereich eines Zivilflugplatzes erhält), des von diesen mitgeführten Gepäcks sowie die Durchführung der Durchsuchung der von diesen mitgeführten persönlichen Gegenstände (§ 5 Z 1 iVm § 6 Abs 1 LSG). Sollte der betreffende Passagier diese gesetzlich vorgesehene Durchsuchung verweigern, so ist er vom Zutritt zum jeweiligen Sicherheitsbereich (§ 2 LSG) auszuschließen, was wohl unstrittig als Ermächtigung (bzw vielmehr als Verpflichtung[1012]) zur Ausübung unmittelbarer Befehlsgewalt anzusehen sein wird.[1013] Was das (nicht unmittelbar staatliche) Durchsuchungspersonal allerdings nicht darf, ist, seine befehlshafte Zutrittsverweigerung auch durch die Ausübung unmittelbarer physischer Zwangsgewalt durchzusetzen. Dies obliegt gemäß § 3 Abs 5 LSG einzig und allein den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes, die hierbei an die Vorgaben des § 50 Abs 2 und 3 SPG gebunden sind.

In Bezug auf diese soeben genannten Aufgaben und die zur ihrer Erfüllung dem funktionell-staatlichen Durchsuchungspersonal zur Verfügung gestellten Befugnisse wird man nun mE feststellen können, dass die oben dargelegten Ingerenzmöglichkeiten

[1012] So auch ausdrücklich die RV 981 BlgNR 24.GP, 157.

[1013] Dies deshalb, da ja bei Nichtbeachtung einer solchen Anordnung ihre Durchsetzung durch die Ausübung unmittelbarer Zwangsgewalt droht (siehe dazu sogleich auch weiter im Haupttext); zum Zusammenhang zwischen dem vorerst noch gelinderen Befehl und der Aussicht auf seine Durchsetzung durch die Ausübung unmittelbarer Zwangsgewalt, vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 978 ff; VwSlg 14.948 A/1998.

der unmittelbar staatlichen Sicherheitsbehörden und der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (und damit in „verlängerter Sicht“ auch dem Bundesminister für Inneres) aus einem allgemeinen verfassungsrechtlichen Blickwinkel wohl ausreichen werden. Den Ausschlag für diese Beurteilung gibt hier insb der Umstand, dass dem vom Zivilflugplatzhalter herangezogenen Durchsuchungspersonal eben „nur“ Durchsuchungs- und Befehlsbefugnisse (jedoch keinerlei Zwangsermächtigungen) zur Verfügung stehen. Weiters ist in diesem Zusammenhang entsprechend zu würdigen, dass neben den Ingerenzmöglichkeiten in Bezug auf die Personalauswahl auch - wie ich meine - recht weitreichende (wenn auch zum Teil erst vertraglich herzustellende) Weisungsverhältnisse und Aufsichtsbefugnisse gesetzlich vorgesehen sind. Die festgestellten „Schwachpunkte“ dagegen, wie insb die fehlende direkte (jedoch sehr wohl indirekt bestehende) Abberufungsmöglichkeit bezüglich ungeeigneten oder vertrauensunwürdig gewordenen Durchsuchungspersonals sowie die erst vertraglich herzustellenden (und daher nicht schon ex lege bestehenden) Weisungsbefugnisse gegenüber diesen Personen, können die vom einfachen Gesetzgeber im LSG gewählte Konstruktion mE (noch) nicht verfassungswidrig machen.

Bei Vergegenwärtigung der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung wird man schließlich auch annehmen dürfen, dass im Falle einer Überprüfung der im LSG normierten funktionellen Privatisierung auch der VfGH nicht zum Ergebnis der Verfassungswidrigkeit gelangen würde. So sind mE die im LSG vorgesehenen Aufsichts- und Weisungsrechte der Sicherheitsbehörden und der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes qualitativ durchaus mit jenen zu vergleichen, wie sie in Art I § 3 Austro Control Gesetz zugunsten des Bundesministers für öffentliche Wirtschaft und Verkehr normiert sind und die ja vom VfGH in VfSlg 14.473/1996 ausdrücklich als verfassungskonform anerkannt wurden. Dagegen wird man wohl nicht sagen können, dass die vom Gerichtshof in VfSlg 16.400/2001 geäußerten Bedenken - wonach die Steuerungsmöglichkeiten des obersten Organs (insb aber dessen Weisungs- und Informationsbefugnisse) gegenüber dem dort genannten ausgegliederten Rechtsträger bloß „illusorischer“ oder „theoretischer“ Natur seien - auch auf die im LSG 2011 vorliegende Konstellation zutreffen würden.

12.2 Sicherheitskontrollen nach dem GOG

12.2.1 Allgemeines

Nach dem Gerichtsorganisationsgesetz (GOG)[1014] besteht die Möglichkeit, dass Sicherheitskontrollen bei bestimmten Gerichten durch Dienstnehmer privater Unternehmen durchgeführt werden. Gleich am Beginn sei dazu jedoch festgehalten, dass die Regelung dieser Kontrollen nicht unter den Kompetenztatbestand der allgemeinen Sicherheitspolizei iSd Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG fällt, sondern als Angelegenheit der Justizverwaltung zu betrachten ist und daher von Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG (konkret: der „Justizpflege“) erfasst wird.[1015] Dennoch erscheint es mir zweckmäßig, auch dieses Beispiel im Rahmen dieser Arbeit zu behandeln, da trotz der unterschiedlichen Kompetenzgrundlage die Ausgangssituation hinsichtlich der tatsächlich durchzuführenden Tätigkeiten der Kontrollorgane gegenüber den davon unmittelbar Betroffenen jener im vorhin behandelten Beispiel des LSG mE sehr ähnlich ist. Die folgenden Ausführungen sind daher ganz im Sinne der - auch im Bereich der allgemeinen Sicherheitspolizei im Vordergrund stehenden (siehe Punkt 7.4) - Grundrechtsrelevanz dieser Kontrolltätigkeiten und der damit notwendigen demokratischen Legitimation der Kontrollorgane zu verstehen; organisatorische Gesichtspunkte hingegen, wie sie in Punkt 7.3.1 zu der dieser Arbeit zugrunde liegenden Thematik der allgemeinen Sicherheitspolizei angestellt wurden, bleiben im Rahmen der folgenden Erörterungen unbeachtet.

Zum konkreten Beispiel: in dem durch BGBl Nr 1996/760 neu ins GOG eingefügten ersten Unterabschnitt des ersten Abschnitts des GOG (§§ 1 bis 14) wird insb die Sicherheit in Gerichtsgebäuden geregelt. § 1 GOG normiert ausdrücklich, dass Gerichtsgebäude grundsätzlich[1016] nicht mit einer Waffe[1017] betreten werden dürfen. Zur Gewährleistung dieses Verbots sieht § 3 Abs 1 GOG vor, dass sich Personen, die ein

[1014] Langtext: „Gesetz vom 27. November 1896, womit Vorschriften über die Besetzung, innere Einrichtung und Geschäftsordnung der Gerichte erlassen werden“, Stammfassung RGBl Nr. 1896/217, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 2010/111.
[1015] RV 253 BlgNR 20. GP, 10.
[1016] Ausnahmen sieht § 2 GOG vor.
[1017] Gemäß § 1 Abs 1 GOG ist als Waffe jeder besonders gefährliche, zur Bedrohung von Leib und Leben geeignete Gegenstand anzusehen; damit geht diese Definition weit über jene des Waffengesetzes hinaus.

Gerichtsgebäude betreten oder sich in einem solchen aufhalten, auf Anordnung eines Kontrollorgans einer Kontrolle zu unterziehen haben.[1018] Zur tatsächlichen Durchführung dieser Kontrollen ordnet § 3 Abs 2 GOG an, dass diese insbesondere unter Verwendung technischer Hilfsmittel, wie Torsonden und Handsuchgeräten, durchgeführt werden können. Unter möglichster Schonung des Betroffenen sind auch das Verlangen nach einer Vorweisung der von ihm mitgeführten Gegenstände sowie eine händische Durchsuchung seiner Kleidung zulässig, wobei eine solche Durchsuchung der Kleidung nur von Personen desselben Geschlechts vorgenommen werden darf. Den der Sicherheitskontrolle und der Durchsetzung des Mitnahmeverbots von Waffen dienenden Anordnungen der Kontrollorgane ist Folge zu leisten.

Ergänzend zu der Verpflichtung zur Durchführung von Sicherheitskontrollen normiert § 5 Abs 1 GOG iVm § 11 Abs 1 Z 3 GOG die Aufgabe der Kontrollorgane, dass Personen, die es zu Unrecht ablehnen, sich einer Sicherheitskontrolle zu unterziehen oder eine bei ihnen vorgefundene Waffe entsprechend zu verwahren oder zu übergeben, vom Kontrollorgan aus dem Gerichtsgebäude zu weisen sind. Unter den gleichen Voraussetzungen sind auch Personen vom Kontrollorgan aus dem Gerichtsgebäude zu weisen, die eine Sicherheitskontrolle umgangen haben. Zur Erfüllung dieser Aufgabe sind die Kontrollorgane nach § 5 Abs 2 GOG iVm § 11 Abs 1 Z 3 GOG ermächtigt, im Falle der Nichtbefolgung ihrer Anweisungen die Anwendung unmittelbarer Zwangsgewalt anzudrohen und bei Erfolglosigkeit der Androhung ihre Anweisungen mit angemessener unmittelbarer Zwangsgewalt unter möglichster Schonung des Betroffenen durchzusetzen. Der mit einer Lebensgefährdung verbundene Gebrauch einer Waffe ist dabei nur im Falle der gerechten Notwehr zur Verteidigung eines Menschen zulässig.

Als Kontrollorgane kommen schließlich - neben bestimmten Gerichtsbediensteten[1019] - insb auch Bedienstete eines privaten Sicherheitsunternehmens in Betracht, welches vom Präsidenten des betreffenden Oberlandesgerichts vertraglich mit der Durchführung der Sicherheitskontrollen beauftragt wurde (§ 3 Abs 1 GOG iVm § 9 Abs 1 GOG).[1020]

[1018] Ausnahmen von dieser Verpflichtung sieht § 4 GOG vor.
[1019] Die Durchführung von Sicherheitskontrollen durch Gerichtsbedienstete soll jedoch nur die Ausnahme darstellen, so ausdrücklich die RV 253 BlgNR 20. GP, 9.
[1020] Gemäß § 9 Abs 1 GOG ist ein derartiger Vertrag vom Bundesministers für Justiz zu genehmigen.

12.2.2 Qualitatives Element iSe absoluten Grenze

Hier geht es wieder in einem ersten Schritt um die Frage, ob durch die oben genannten Aufgaben und den zu ihrer Erfüllung den Dienstnehmern der vertraglich beauftragten Sicherheitsunternehmen zur Verfügung stehenden Befugnisse eventuell eine absolute qualitative Grenze überschritten wurde. Da hier - wie erwähnt - auf etwaige organisatorische Gesichtspunkte im Bereich der Justizverwaltung nicht eingegangen wird, ist im gegebenen Zusammenhang nur die absolute Grenze des Art 2 EMRK relevant.

Dabei muss sofort die Anordnung des § 5 GOG iVm § 11 Abs 1 Z 3 GOG ins Auge stechen. Hier werden ja insb die privaten Kontrollorgane ausdrücklich dazu verpflichtet, gegebenenfalls Personen aus einem Gerichtsgebäude zu weisen sowie zur ordnungsgemäßen Erfüllung dieser Aufgabe allenfalls auch unmittelbare physische Zwangsgewalt gegen diese Personen anzudrohen bzw sogar anzuwenden. Nach der ausdrücklichen Anordnung des § 11 Abs 1 Z 3 GOG ist dabei der mit Lebensgefahr verbundene Gebrauch einer Waffe nur im Fall der gerechten Notwehr zur Verteidigung eines Menschen zulässig.
Diese Konstellation aus verpflichtender Aufgabe und auszuübender Befugnis erscheint vor dem Hintergrund der mE für funktionelle Privatisierungen bestehenden absoluten Grenze des Art 2 EMRK doch sehr bedenklich. Denn der Wortlaut des § 11 Abs 1 Z 3 GOG legt das Verständnis nahe, dass diese Aufgabe völlig unabhängig davon besteht, ob zur ihrer Erfüllung schon eine Anordnung im Sinne eines „bloßen“ Befehls[1021] genügt, oder ob dazu auch die Ausübung von Zwangsgewalt erforderlich ist, die im Fall gerechter Notwehr zur Verteidigung eines Menschen sogar den lebensgefährdenden Einsatz einer Waffe umfassen kann. Um nun einem etwaigen Missverständnis gleich vorweg vorzubeugen: meine Bedenken beziehen sich nicht auf die Befugnis nach § 11 Abs 1 Z 3 GOG per se, denn diese ist durch Art 2 Abs 2 lit a EMRK („Verteidigung eines Menschen gegenüber rechtswidriger Gewaltanwendung“) wohl unstrittig gedeckt. Was ich allerdings als bedenklich erachte ist, wenn diese Befugnis im Rahmen einer

[1021] Also wohl unstrittig ein Befehl iSd „Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ gemäß Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG

bestehenden Staatsaufgabe[1022] auf ein bloß funktionell-staatliches Organ übertragen wird. Dies würde etwa bedeuten, dass eine Peron, die innerhalb eines Gerichtsgebäudes entgegen der Anordnung des § 1 Abs 1 GOG im Besitz einer Schusswaffe betreten wird und diese nicht freiwillig abgibt, nach § 5 Abs 1 GOG iVm § 11 Abs 1 Z 3 GOG jedenfalls (auch) von einem privaten Kontrollorgan aus dem Gerichtsgebäude zu weisen ist. Wenn nun der „Gefährder" zur Verhinderung seiner Wegweisung seine Waffe gegen das Kontrollorgan oder gar gegen einen unbeteiligten Dritten richtet, so besteht nach dieser Leseart einerseits weiterhin die Verpflichtung zur Durchsetzung der Wegweisung aus dem Gerichtsgebäude (und zwar neben den in solchen Fällen bestehenden Aufgaben der Sicherheitsbehörden nach SPG/StPO; vgl § 13 Abs 1 GOG), die andererseits in einer derartigen Situation - nämlich zur Selbstverteidigung oder zur Verteidigung des unbeteiligten Dritten - allenfalls auch unter lebensgefährdendem Einsatz einer Waffe durch das private Kontrollorgan zu erfolgen hat. Dies hätte dann im Weiteren auch die Konsequenz, dass im Falle der pflichtwidrigen Untätigkeit des Kontrollorgans einem allfällig geschädigten Dritten (bzw seinen Angehörigen, falls er durch den Vorfall zu Tode käme) im Rahmen des Amtshaftungsrechts Schadenersatz zu leisten wäre (siehe insb § 14 Abs 1 GOG). Im Endeffekt wäre damit aber nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht jedenfalls eine absolute qualitative Grenze überschritten, wodurch die Anordnung des § 11 Abs 1 Z 3 GOG nach dem eben gezeigten Verständnis mE verfassungswidrig wäre. Dass vom jeweiligen Kontrollorgan in solchen - auch strafrechtlich relevanten - Fällen nach § 11 Abs 1 Z 4 lit a GOG auch die Sicherheitsbehörde zu verständigen ist und diese im Rahmen ihrer Aufgaben und Befugnisse (insb nach SPG/StPO) einzuschreiten hat, kann an der eben erfolgten Beurteilung nichts ändern; denn einerseits besteht ja nach der hier erörterten Ansicht bis zum Einschreiten der Sicherheitsbehörde bzw der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes die vom bewaffneten „Gefährder" ausgehende Gefahr weiterhin und andererseits ändert sich auch durch dieses Einschreiten nichts an der nach wie vor durch die Kontrollorgane zu erfüllenden Aufgaben des § 11 Abs 1 Z 3 GOG.

[1022] Siehe nur § 14 GOG über die Haftung des Bundes gemäß AHG für den Fall eines Schaden am Vermögen oder an der Person, den ein Sicherheitsunternehmer oder ein mit der Sicherheitskontrolle Beauftragter eines Sicherheitsunternehmers in Vollziehung dieses Bundesgesetzes durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt hat, sowie §§ 9 und 11 GOG, die wohl nicht anders verstanden werden können, als dass die Sicherheitskontrolle in Gerichtsgebäuden letztlich Aufgabe der jeweiligen Justizverwaltungsbehörde ist.

Zu einem anderen Ergebnis könnte man unter Umständen aber dann kommen, wenn es möglich ist, die Bestimmung des § 11 Abs 1 Z 3 GOG nicht im eben dargelegten Sinn, sondern im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben (und damit eben auch unter Beachtung der absoluten Grenze des Art 2 EMRK) zu interpretieren. So wäre konkret zu prüfen, ob die Reichweite der Verpflichtung nach § 11 Abs 1 Z 3 GOG (nämlich die Wegweisung auch zwangsweise durchzusetzen) nur soweit als gegeben angenommen werden kann, als eben (noch) nicht die Setzung lebensgefährdender Maßnahmen gegen einen bewaffneten „Gefährder" erforderlich ist. Bei einem solchen Verständnis würde die Aufgabe zur Wegweisung nach § 11 Abs 1 Z 3 GOG in Bezug auf das obige Beispiel daher in dem Augenblick enden, in dem der „Gefährder" seine Waffe gegen den unbeteiligten Dritten oder das Kontrollorgan selbst richtet und damit Maßnahmen iSd Art 2 Abs 2 lit a EMRK gerechtfertigt wären. Das Einschreiten im Rahmen der Notwehr oder Nothilfe iSd § 11 Abs 1 Z 3 GOG wäre dann trotzdem noch möglich, ohne dass eine öffentlich-rechtliche Aufgabe (hier: die Durchsetzung der Wegweisung) zur tatsächlichen Ausübung dieser Befugnis verpflichten würde. Bei einem derartigen Verständnis des § 11 Abs 1 Z 3 GOG würde schließlich - quasi als „Nebeneffekt" der mangelnden Verpflichtung - im Falle der Untätigkeit des Kontrollorgans und eines dadurch kausal herbeigeführten Schadens zulasten eines Dritten kein Schadenersatz durch den Bund iSd Amtshaftungsrechts zu leisten sein (jedenfalls nicht im Sinne einer pflichtwidrigen und daher rechtswidrigen Untätigkeit nach § 11 Abs 1 Z 3 GOG).
Sofern eine solche verfassungskonforme Interpretation im Rahmen des Wortsinns des auszulegenden Gesetzes noch möglich ist und sie nicht gegen den eindeutigen Willen des Gesetzgebers verstößt, ist sie nach der ständigen Judikatur des VfGH bekanntlich verpflichtend einer allenfalls verfassungswidrigen Auslegungshypothese vorzuziehen.[1023]

Vor diesem Hintergrund scheint nun mE die Bestimmung des § 11 Abs 1 Z 3 GOG doch ein recht eindeutiges Ergebnis zu liefern. Durch den Wortlaut dieser Bestimmung wird nun einmal unmissverständlich die Aufgabe der Kontrollorgane normiert, einen

[1023] VfSlg 5923/1969; VfSlg 9367/1982; VfSlg 17.905/2006; jüngst wieder VfGH 05.10.2011, G84/11; siehe auch zB *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 1 Rz 03.028, sowie *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 36 ff.

unbefugt Bewaffneten aus dem Gerichtsgebäude zu weisen und die Erfüllung dieser Aufgabe allenfalls auch durch die Anwendung von Zwangsgewalt durchzusetzen. Ebenso eindeutig wird in dieser Bestimmung mE aber auch angeordnet, dass zur Erfüllung dieser Aufgabe - wenn auch nur im Fall gerechter Notwehr zur Verteidigung eines Menschen, aber eben doch - auch der mit Lebensgefahr verbundene Gebrauch einer Waffe vorzunehmen ist. Dieser Sinn ergibt sich mE schon einmal unzweifelhaft aus der Verwendung des Wortes „wobei" in § 11 Abs 1 Z 3 GOG (letzter Satzteil vor dem Strichpunkt). Dieses Wort verknüpft die dem Grunde nach jedenfalls zulässige Ausübung von Zwangsgewalt zur Erfüllung der gegenständlichen Aufgabe untrennbar mit der Ausübung eines lebensgefährdenden Waffengebrauchs und schränkt diesen eben auf die oben genannten Fälle der Notwehr und Nothilfe ein. Für dieses - mE nach eindeutige - Ergebnis spricht schließlich auch die hinsichtlich der vorgeschlagenen Bestimmungen wortgleich Gesetz gewordene Regierungsvorlage zu BGBl Nr 1996/760. Diese behandelt nämlich die Befugnis zur Ausübung von Zwangsgewalt stets einheitlich, ohne im Zusammenhang mit der verpflichtenden Aufgabe zur Wegweisung zwischen lebensbedrohendem und nicht-lebensbedrohendem Zwang zu unterscheiden.[1024] Dementsprechend wird in der RV auch ausdrücklich festgehalten, dass „die Verpflichtung zur abgestuften Vorgangsweise vor und während der Anwendung eingreifender Mittel dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspricht" und „die Festlegung der Zulässigkeit eines lebensgefährdenden Waffengebrauchs nur der Klarstellung dient" und hierbei ausdrücklich auf die für die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (!) geltende Vorschrift des § 7 Z 1 Waffengebrauchsgesetz verweist.[1025] Damit kann wohl nichts Anderes gemeint sein, als dass - im Zusammenhang mit der verpflichtenden Aufgabe des § 11 Abs 1 Z 3 GOG - von der „generellen" Befugnis zur Ausübung von Zwangsgewalt eben auch die lebensbedrohende Anwendung einer Waffe miterfasst wird. Schließlich wird dieses Auslegungsergebnis auch durch den eindeutigen Zweck der durch BGBl Nr 1996/760 ins GOG eingefügten §§ 1 bis 14 GOG gestützt. Nachweislicher Grund für die Einführung dieser Bestimmungen war es ja, unter dem Eindruck einer dramatischen Gewalteskalation im Jahre 1995 in einem Linzer Gerichtsgebäude mit insgesamt fünf

[1024] RV 253 BlgNR 20. GP, 7, 9, 16 f.
[1025] RV 253 BlgNR 20. GP, 17.

Toten die Sicherheit des Gerichtsbetriebs insgesamt zu heben.[1026] Es sollte hinkünftig tunlichst vermieden werden, dass Personen im Zuge von immer wieder auch sehr emotional geführten Gerichtsverhandlungen Schaden an Leib und Leben nehmen. Damit wird dann aber wohl auch unmissverständlich klar, dass hinter den Sicherheitskontrollen und allfällig durchzuführenden Wegweisungen Bewaffneter die „eigentliche" Aufgabe steht, nach Möglichkeit die Rechtsgüter von Personen zu schützen, die am Gerichtsbetrieb in welcher Funktion auch immer teilnehmen.[1027] Diese Verpflichtung bringt es dann mE unweigerlich mit sich, dass auch dann - oder besser: gerade dann - , wenn es tatsächlich zu einer akuten Bedrohung durch einen Bewaffneten in einem Gerichtsgebäude kommt, die Kontrollorgane ihrer Aufgabe nach § 11 Abs 1 Z 3 GOG nachzukommen haben und dabei notfalls zur Verteidigung eines Menschen auch einen lebensgefährdenden Waffengebrauch gegen den „Gefährder" setzten müssen. Ein anderes Verständnis des § 11 Abs 1 Z 3 GOG würde dagegen dem mit dieser Bestimmung ganz augenscheinlich verfolgten Zweck des Schutzes aller am Gerichtsbetrieb beteiligten Personen zuwiderlaufen und kann daher dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden.

Würde man nun diese - wie ich meine: eindeutigen - Anordnungen des einfachen Gesetzgebers im Rahmen einer verfassungskonformen Interpretation so wie oben angedacht reduzieren, so würde man zwangsläufig den Sinn der Vorschrift in unzulässiger Weise verfälschen. Letztlich komme ich daher zum Ergebnis, dass § 11 Abs 1 Z 3 GOG in der derzeit vorliegenden Fassung die absolute Grenze des Art 2 EMRK für funktionelle Privatisierungen überschreitet und damit verfassungswidrig ist.

12.2.3 Ingerenz

Im Weitern sollen auch die durch das GOG dem obersten Organ (hier: dem Bundesminister für Justiz) gegenüber den funktionell-staatlichen Organen (also den Kontrollorganen bzw den vertraglich beauftragen Sicherheitsunternehmen) eingeräumten Befugnisse näher betrachtet werden; denn auch unabhängig vom soeben

[1026] So die RV 253 BlgNR 20. GP, 8.
[1027] Siehe dazu nur die allgemeinen Erläuterungen der RV 253 BlgNR 20. GP, 8 ff.

erzielten Ergebnis der Verfassungswidrigkeit des § 11 Abs 1 Z 3 GOG können sich ja durchaus noch weitere Aspekte ergeben, die zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der im GOG normierten funktionellen Privatisierung zu beachten sind.

12.2.3.1 Weisungsverhältnisse

Zunächst soll wieder den gegenüber den Sicherheitsunternehmern bzw den privaten Kontrollorganen bestehenden Weisungsverhältnissen nachgegangen werden.

Hierbei zeigt sich jedoch sogleich, dass das GOG überraschender Weise überhaupt keine Weisungsbefugnisse unmittelbar staatlicher Organe (in Frage kommen vor allem die jeweiligen Leiter der Gerichte[1028] sowie andere Gerichtsbedienstete[1029]) gegenüber den eben genannten Privaten vorsieht. Weder bestehen solche Weisungsbefugnisse schon aufgrund des Gesetzes, noch ist eine einfachgesetzliche Bestimmung ersichtlich, nach der solche Befugnisse vertraglich herzustellen wären.[1030] Ebenso sind keinerlei Bestimmungen ersichtlich, die entsprechende Aufsichts- und Informationsmöglichkeiten zugunsten unmittelbar staatlicher Organe über die herangezogenen Privaten vorsehen würden (nach § 10 Z 3 und 6 GOG verbleiben solche Befugnisse gegenüber den privaten Kontrollorganen ausschließlich beim Sicherheitsunternehmen selbst). Vielmehr verhält es sich in gewisser Weise gerade umgekehrt, wenn § 13 Abs 2 GOG anordnet, dass die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes den privaten Kontrollorganen über deren Ersuchen zur Sicherung der Ausübung ihrer Kontrollbefugnisse Hilfe zu leisten haben.

Die einzige schon per Gesetz vorgesehene Möglichkeit, direkt gegen unerwünschtes oder gar rechtswidriges Verhalten der privaten Kontrollorgane von Seiten unmittelbar staatlicher Organe vorgehen zu können, enthält § 12 GOG. Nach dieser Bestimmung kann der Präsident des Oberlandesgerichts den mit dem Sicherheitsunternehmer geschlossenen Vertrag mit sofortiger Wirkung für aufgelöst erklären und die damit erteilten Befugnisse widerrufen, wenn der Sicherheitsunternehmer eine Vertragsbedingung nach § 10 nicht erfüllt oder ein von ihm mit der Durchführung der Sicherheitskontrolle Beauftragter seine Befugnisse überschreitet oder seine Pflichten

[1028] Siehe dazu die §§ 25, 31, 42 GOG.
[1029] Siehe § 73 Abs 1 Z 3 GOG.
[1030] Siehe dazu § 10 GOG, der die in den Vertrag aufzunehmenden Bedingungen aufzählt. Eine entsprechende Bestimmung findet sich weder hier noch anderswo im GOG.

verletzt. Insofern besteht also doch ein gewisser „Anreiz“ für die herangezogenen Privaten, ihre Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. Ob diese Vertragsauflösungsmöglichkeit nach § 12 GOG jedoch entsprechende (individuelle) Weisungsbefugnisse zu substituieren vermag, erscheint mE mehr als fraglich. Denn einerseits stellt die Auflösung des gesamten Vertrages (und zwar auch zu Lasten aller anderen vom jeweiligen Sicherheitsunternehmen beauftragten Kontrollorgane) doch eine sehr weitreichende Maßnahme dar, die zur Abstellung eines nicht gravierenden (aber doch pflichtwidrigen) Fehlverhaltens des einzelnen Kontrollorgans wohl über das Ziel hinausschießt;[1031] und andererseits kann damit wohl idR nur auf bereits geschehene Fehler reagiert werden; eine präventive Verhaltenssteuerung dagegen, wie dies durch entsprechende Aufsichts- und Informationsmöglichkeiten sowie direkte Weisungsbefugnisse und damit korrespondierender individueller Sanktionen möglich ist, lässt sich mit dem Instrument nach § 12 GOG aber wohl nicht erreichen.

12.2.3.2 Einflussmöglichkeiten auf die Personalauswahl

Auch hinsichtlich der Auswahl des Kontrollpersonals bestehen keine direkten Einflussmöglichkeiten unmittelbar staatlicher Organe. Lediglich § 10 Z 2 GOG sieht als notwendige Bedingung des Vertrags zwischen dem Präsidenten des jeweiligen OLG und dem betreffenden Sicherheitsunternehmer vor, dass letzterer nur solche Personen mit der Vornahme von Sicherheitskontrollen beauftragen darf, deren derartige Verwendung zwei Wochen zuvor der Sicherheitsbehörde entsprechend den gewerberechtlichen Bestimmungen für das Sicherheitsgewerbe angezeigt und deren erforderliche Zuverlässigkeit von der Sicherheitsbehörde nicht verneint worden ist.[1032] Nähere Bestimmungen zur Personalauswahl existieren nicht, ebenso nicht in Bezug auf die notwendige Ausbildung des Kontrollpersonals oder der leitenden Mitarbeiter des Sicherheitsunternehmens.

[1031] So auch die RV 253 BlgNR 20. GP, 20.
[1032] Siehe dazu § 130 Abs 8 GewO sowie Punkt 2.7.1.

12.2.3.3 Organisationsgewalt und Finanzhoheit

Ganz ähnlich zum obigen Beispiel der Sicherheitskontrollen nach dem LSG ist auch im Zusammenhang mit dem GOG zu vermerken, dass in Bezug auf die Organisationsgewalt und die Finanzhoheit der vertraglich herangezogenen Sicherheitsunternehmen keine direkten staatlichen Einfluss- oder Gestaltungsmöglichkeiten bestehen. Vielmehr beschränkt sich auch das GOG damit, in seinem § 9 Abs 2 vorzusehen, dass im Vergabeverfahren darauf zu achten ist, dass für eine etwaige Beauftragung in Frage kommende Unternehmer insbesondere auf Grund ihrer entsprechenden Befugnisse sowie ihrer technischen, finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit für eine ordnungsgemäße Erfüllung ihrer Aufgaben Gewähr bieten. Im Übrigen kann auch hier wieder auf die Bemerkungen in Punkt 8 verwiesen werden.

12.2.4 Gesamtwürdigung

Eine Zusammenfassung aller für eine verfassungsrechtliche Beurteilung der im GOG verwirklichten funktionellen Privatisierung zu beachtenden Gesichtspunkte ergibt nun mE ein doch sehr bedenkliches Bild. Denn einerseits sind die privaten Kontrollorgane nicht nur zur Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehlsgewalt ermächtigt, sondern können - einmal abgesehen von dem oben in Punkt 12.2.2 erzielten Ergebnis - zur Erfüllung ihrer Aufgaben auch unmittelbare Zwangsgewalt anwenden. Trotz dieser - gegenüber den Ermächtigungen des LSG deutlich gesteigerten - Eingriffsbefugnisse bestehen keinerlei im Gesetz vorgesehene Weisungsverhältnisse unmittelbar staatlicher Organe gegenüber den herangezogenen Privaten (also weder gegenüber den Sicherheitsunternehmen noch gegenüber den einzelnen privaten Kontrollorganen). Nicht einmal die Bestimmungen des § 10 GOG über die in einen Vertrag mit einem Sicherheitsunternehmen jedenfalls aufzunehmenden Bedingungen sehen vor, dass entsprechende Weisungsbefugnisse wenigstens vertraglich herzustellen wären (was ganz besonders verwundert, da § 5 Abs 1 LSG idF BGBl Nr 1992/824 sehr wohl eine diesbezügliche Regelung enthielt und diese Bestimmung ausdrücklich als

Vorlage für § 10 GOG diente[1033]). Ebenso sieht das GOG keinerlei Aufsichtsrechte vor, anhand derer sich unmittelbar staatliche Organe über die Dienstversehung der herangezogenen Privaten informieren könnten. Gesetzlich vorgesehene Möglichkeiten, mittels derer schon frühzeitig etwaige Missstände erkannt und diesen daher entsprechend begegnet werden könnte, existieren also nicht. Es verbleibt lediglich die Möglichkeit, den Vertrag mit dem Sicherheitsunternehmen nach § 12 GOG aufzulösen, wenn es bereits zu (entsprechend schweren) Pflichtverletzungen gekommen ist. Unter Beachtung all dieser Aspekte zu den bestehenden (oder gerade nicht bestehenden) Ingerenzbefugnissen wird man schließlich zu keinem positiven Ergebnis kommen können, wenn es um die Frage geht, ob die durch das GOG umgesetzte Einbindung Privater in die dort vorgesehenen Sicherheitsmaßnahmen verfassungsrechtlichen Standards Stand hält – und zwar auch dann nicht, wenn man die mE nach verfassungswidrige Ermächtigung zum lebensgefährdenden Gebrauch einer Waffe iSd § 11 Abs 1 Z 3 GOG ausblendet. Vielmehr wird man sagen müssen, dass - ganz im Sinne von VfSlg 16.400/2001 - die im GOG vorgesehene Leitungsbefugnis des obersten Organs gegenüber den zur Erfüllung der dort verankerten Sicherheitsaufgaben herangezogenen Privaten (nämlich Sicherheitsunternehmer und privaten Kontrollorganen) bloß „theoretischer“ bzw „illusorischer“ Natur ist.

Was nun die Hintergründe dieser im GOG umgesetzten funktionellen Privatisierung betrifft, so wurde schon oben kurz erwähnt, dass man unter dem Eindruck ehemals rezenter Vorfälle von Seiten des Bundesministeriums für Justiz sichtlich bemüht war, ähnliche Ereignisse für die Zukunft möglichst auszuschließen. Daher wurden entsprechend der vom Bundesministerium für Justiz herausgegebenen „Allgemeinen Richtlinie für Sicherheitsstandards in Gerichtsgebäuden“ als Erstmaßnahmen private Sicherheitsdienste mit der Durchführung von Eingangskontrollen beauftragt. Diese Kontrollen konnten aber mangels entsprechender gesetzlicher Grundlagen vorerst nur im Rahmen des Hausrechts eingerichtet werden, was wiederum dann zu Problemen führte, wenn jemand am Zutritt zu einem Gerichtsgebäude gehindert wurde und in Folge dessen Verfahrenshandlungen nicht rechtzeitig vornehmen konnte. Vor allem deshalb hielt man es von Seiten der Bundesregierung für notwendig, die Durchführung

[1033] So die RV 253 BlgNR 20. GP, 19, ohne diese Abweichung zu § 5 Abs 1 LSG aF näher zu begründen.

von Zugangs- und Sicherheitskontrollen durch eine öffentlich-rechtliche Rechtsgrundlage abzusichern.[1034] Insoweit hat man also im Jahre 1996 mit der gesetzlichen Verankerung derartiger Kontrollen keine echte „Neuigkeit" geschaffen; vielmehr sollten wohl nur die zu diesem Zeitpunkt ohnehin schon praktizierten Sicherheitsmaßnahmen sowie die mit ihrem Vollzug allfällig verbundenen verfahrensrechtlichen Folgen entsprechend öffentlich-rechtlich absichert werden. Möglicherweise hat dann die Bundesregierung bei ihrer Gesetzesinitiative bzw in weiterer Folge auch der Gesetzgeber im Rahmen des parlamentarischen Prozesses einfach „nur darauf vergessen", entsprechende Ingerenzmöglichkeiten des Bundesministers für Justiz gegenüber den herangezogenen privaten Sicherheitsdienstleistern vorzusehen. Tatsächlich beweisen lässt sich diese Vermutung freilich nicht.

Bei einer Beleuchtung der Hintergründe zu den §§ 1 bis 14 GOG ist aber auch zu sehen, dass zum Zeitpunkt ihrer Einführung (also im Jahre 1996) mit der im gleichen Jahr ergangenen Austro-Control-Entscheidung (VfSlg 14.473/1996) die für Ausgliederungen und Beleihungen im weiteren Verlauf so prägende Judikaturlinie des VfGH erst im Entstehen begriffen war. Die speziell auf das Element der Ingerenz abzielende „Grundsatzentscheidung" des VfGH (VfSlg 16.400/2001), wo er feststellte, dass Art 20 Abs 1 B-VG gegenüber nicht in den staatlichen Organisationskomplex eingegliederten Rechtsträgern nicht unmittelbar gilt und daher entsprechende Leitungsbefugnisse des obersten Organs stets einfachgesetzlich herzustellen sind, wurde überhaupt erst fünf Jahre später erlassen. Insoweit war also zum Zeitpunkt der Einführung der §§ 1 bis 14 GOG auch das rechtliche Umfeld für funktionelle Privatisierungen weder durch die Judikatur noch durch die Rechtswissenschaft entsprechend aufbereitet.

In einer Gesamtbetrachtung dieser Hintergründe wird man daher wohl nicht allzu fehl mit der Annahme gehen, dass die hier diskutierten Bestimmungen des GOG vom heutigen Gesetzgeber wohl anders erlassen worden wären.

[1034] Siehe zu alldem RV 253 BlgNR 20. GP, 8 ff; die angesprochenen Säumnisfolgen sind nunmehr in § 7 GOG geregelt; vgl auch § 3 Abs 4 GOG.

13. Zusammenfassung der Ergebnisse

1.)

Selbständige private Rechtsträger dürfen nicht mit der Funktion von Sicherheitsbehörden iSd Art 78a Abs 1 B-VG beliehen werden. Ebenso dürfen Wachkörper iSd Art 78d Abs 1 B-VG von Privaten weder errichtet noch betrieben werden.

2.)

Jede Beteiligung nichtstaatlicher Rechtsträger an der außenwirksamen Erfüllung staatlicher Verwaltungsaufgaben bewirkt als Abweichung vom verfassungsrechtlichen Organisationskonzepts der staatlichen Verwaltung iSd Art 20 Abs 1 B-VG iVm Art 77 Abs 1 B-VG unweigerlich eine Herabsetzung der Leitungsbefugnis des jeweiligen obersten Organs. Dies bedeutet weiters eine Herabsetzung seiner rechtlichen und politischen Verantwortlichkeit und damit in letzter Konsequenz die Herabsetzung der demokratischen Legitimation des dem Staat jedenfalls zuzurechnenden Verwaltungshandelns.

3.)

Das konkrete Ausmaß dieser Herabsetzung an demokratischer Legitimation hängt sowohl von der Quantität nichtstaatlicher Erfüllungsbeteiligungen als auch von der rechtlich zum Ausdruck gebrachten Qualität der jeweils betroffenen staatlichen Aufgaben bzw Befugnisse ab. Quantität und Qualität sind insoweit also stets gemeinsam zu betrachten.

Die genaue Grenze, ab der keine weiteren nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligungen in Bezug auf die staatliche Verwaltung als Gesamtheit zulässig sind, lässt sich durch Interpretation der Bundesverfassung allerdings nicht ermitteln. Die Festlegung dieser Grenze - die trotz aller Unbestimmtheit „irgendwo“ liegen muss - obliegt letztlich dem VfGH, der im Rahmen dieser Entscheidung in einem nicht unwesentlichen Maß auch rechtspolitisch tätig wird bzw aufgrund der Unmöglichkeit eines „non-liquet“ werden muss. Jedenfalls gilt aber: Je mehr nichtstaatliche Erfüllungsbeteiligungen verwirklicht werden und umso wichtiger die davon betroffenen Aufgaben und Befugnisse sind, desto

weiter wird die demokratische Legitimation der staatlichen Verwaltung als Gesamtheit herabgesetzt und umso eher wird die Grenze erreicht werden.

4.)

Die Beurteilung, inwieweit die demokratische Legitimation etwa in einem bloßen Teilbereich der staatlichen Verwaltung herabgesetzt wurde, ist nur dann rechtlich notwendig, wenn dies vom Verfassungsgesetzgeber ausdrücklich angeordnet wurde oder ihm eine solche Absicht durch Interpretation der in Frage kommenden Bestimmungen zugesonnen werden kann. Mangels entsprechender verfassungsrechtlicher Anordnung ist eine solche „Bereichsabgrenzung“ zum Zweck einer „Bereichsabwägung“ aber keineswegs stets und automatisch bei jeder nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligung vorzunehmen.

5.)

Bezogen auf jede einzelne nichtstaatliche Erfüllungsbeteiligung muss schließlich ebenso ein ausreichendes Maß an Ingerenz des jeweils obersten Organs gegeben sein. Den Maßstab hierzu geben wiederum die Art 20 Abs 1 B-VG iVm Art 77 Abs 1 B-VG vor, sofern nicht ein Fall weisungsfreier Verwaltung iSd Art 20 Abs 2 B-VG vorliegt oder es sich um Selbstverwaltung iSd Art 120a ff B-VG handelt oder etwa ein anderer verfassungsrechtlich besonders geregelter Fall das Maß vorgibt.

Welche konkreten Ingerenzbefugnisse dabei nun nach den Art 20 Abs 1 B-VG iVm Art 77 Abs 1 B-VG genau vorzuliegen haben, lässt sich jedoch wiederum - speziell auch für die Rechtssatzform der „Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ iSd Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG - durch Interpretation nicht exakt ermitteln. Als Grundsatz gilt aber jedenfalls: je wichtiger die von der nichtstaatlichen Erfüllungsbeteiligung betroffenen Aufgaben und Befugnisse sind, desto intensiver müssen die Ingerenzbefugnisse des obersten Organs sein bzw desto näher hat sich die nichtstaatliche Erfüllungsbeteiligung dem Modell des Art 20 Abs 1 B-VG iVm Art 77 Abs 1 B-VG zu nähern.

6.)

Sofern keine besonderen verfassungsrechtlichen Bestimmungen erlassen werden oder sich aus dem Organisationsrecht nichts Anderes ergibt (siehe so zB für die Sicherheitsbehörden und Wachkörper iSd Art 78a ff B-VG), liegt die absolute qualitative Grenze für nichtstaatliche Erfüllungsbeteiligungen (also „Kernaufgaben“ in der Diktion des VfGH insb in VfSlg 14.473/1996) aufgrund seiner konkreten dogmatischen Ausgestaltung erst bei Art 2 EMRK. Da sich somit in Bezug auf Kernaufgaben eine absolute Grenze dogmatisch begründen lässt, entfällt damit aber auch die - bei der Beurteilung der Zulässigkeit nichtstaatlicher Erfüllungsbeteiligungen am Maßstab der gesamten Staatsfunktion Verwaltung tatsächlich noch gegebene - Notwendigkeit für den VfGH, rechtspolitisch tätig zu werden. Eine quasi „Vorverlagerung“ dieser absoluten Grenze ist daher verfassungsrechtlich weder erforderlich noch zulässig.

7.)

Da die allgemeine Sicherheitspolizei iSd SPG aufgrund seiner Strafrechtsakzessorietät und der vorrangigen Normierung der Rechtssatzform AuvBZ schon ganz allgemein eine besonders eingriffsintensive Verwaltungsmaterie darstellt, ist von einem entsprechend hohen Erfordernis demokratischer Legitimation des Verwaltungshandelns auszugehen. Den Maßstab hierzu geben die Art 20 Abs 1 B-VG iVm Art 77 Abs 1 B-VG vor. Es lässt sich jedoch kein dogmatischer Nachweis für die Ansicht des VfGH erbringen, wonach die allgemeine Sicherheitspolizei schon als Gesamtheit eine jede private Beteiligung ausschließende Kernaufgabe darstelle.

8.)

In Zusammenschau von § 28 SPG, der dem Leben und der Gesundheit von Menschen unmissverständlich den Vorrang vor allen anderen Rechtsgütern einräumt, mit der absoluten qualitativen Grenze des Art 2 EMRK ergeben sich für etwaige funktionelle Privatisierungen im Bereich der allgemeinen Sicherheitspolizei iSd SPG lediglich folgende unbedingte Schranken:

- § 21 Abs 2 SPG iVm §§ 30, 50 SPG (Beendigung gefährlicher Angriffe unter Ausübung von Zwangsgewalt)

- § 19 SPG iVm §§ 32 Abs 2 letzter Satz, 50 SPG (Rettung des Lebens eines vom für die Gefahr Verantwortlichen unterschiedlichen Menschen unter Ausübung der speziellen Befugnis zur Setzung lebensgefährdender Maßnahmen)

9.)

In Bezug auf die allgemeine Sicherheitspolizei iSd Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG bzw des SPG ist mangels erkennbarer Absicht des Verfassungsgesetzgebers keine wie auch immer gestaltete „Bereichsabgrenzung“ zum Zwecke einer „Bereichsabwägung“ vorzunehmen.

10.)

Die beispielhafte Prüfung zweier bereits verwirklichter funktioneller Privatisierungen im Bereich der Rechtssatzform AuvBZ ergibt folgendes Ergebnis:

- Beteiligung Privater an Personen- und Gepäckdurchsuchungen iSd LSG: aufgrund der verwirklichten Ingerenzmöglichkeiten des obersten Organs ergeben sich mE keine verfassungsrechtlichen Bedenken;
- Beteiligung Privater an Sicherheitskontrollen iSd GOG: diese funktionelle Privatisierung ist mE einmal deshalb verfassungswidrig, da die absolute Grenze des Art 2 EMRK überschritten wird; andererseits ergeben sich aber auch aufgrund der auf die privaten Rechtsträger übertragenen Befehls- und Zwangsbefugnisse in Verbindung mit den nur sehr begrenzten Ingerenzmöglichkeiten des obersten Organs mE gravierende verfassungsrechtliche Bedenken.

Literaturverzeichnis

Adamovich, Demokratie und Rechtsstaat, in: Bundesministerium für Justiz (Hg), Dimensionen und Perspektiven des Rechts, FS-Rosenzweig (1988), 27
(*Adamovich*, Demokratie und Rechtsstaat)

Adamovich, Die rechtliche Kontrolle, in: Schambeck (Hg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980), 541
(*Adamovich*, Kontrolle)

Adamovich, Diskussionsbeiträge, in ÖJK (Hg), Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat, Rechtsstaat – Liberalisierung und Strukturreform (1998), 207
(*Adamovich*, Diskussionsbeiträge)

Adamovich, Grundrechte heute, in: Machacek/Pahr/Stadler (Hg), 70 Jahre Republik – Grund- und Menschenrechte in Österreich (1991), 7
(*Adamovich*, Grundrechte)

Adamovich, Hoheitsverwaltung und Gesetz, in: Rill (Red), Allgemeines Verwaltungsrecht, FS-Antoniolli (1979), 77
(*Adamovich*, Hoheitsverwaltung)

Adamovich, Recht und Politik im Bereich der Grundrechte, in: Morscher/Pernthaler/Wimmer (Hg), Recht als Aufgabe und Verantwortung – FS-Klecatsky (1990), 1
(*Adamovich*, Recht und Politik)

Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht (1987)
(*Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht)

Adamovich/Funk/Holzinger, Österreichisches Staatsrecht, Band 2 Staatliche Organisation (1998)
(*Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 2)

*Adamovich/Funk/Holzinger***,** Österreichisches Staatsrecht, Band 3 Grundrechte (2003)
(*Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht Bd 3)

*Adamovich/Funk/Holzinger/Frank***,** Österreichisches Staatsrecht, Band 1 Grundlagen (2011)
(*Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 1)

*Adamovich/Funk/Holzinger/Frank***,** Österreichisches Staatsrecht, Band 4 Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts (2009)
(*Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 4)

Antoniolli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954)
(*Antoniolli*, Verwaltungsrecht)

Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht (1996)
(*Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht)

Arnold, Rechtsstaat, demokratische Legitimation und Effizienz: Funktionen und Garanten eines sachgerechten flexiblen Legalitätsprinzips, in: Arnold et al (Hg), Recht Politik Wirtschaft – Dynamische Perspektiven, FS-Wimmer (2008), 1
(*Arnold*, Effizienz und Legalitätsprinzip)

*Bachmann***,** Vergaberecht, in: Bachmann et al (Hg), Besonderes Verwaltungsrecht (2008), 331
(*Bachmann*, Vergaberecht)

Barfuß, Verrechtlichung des Verwaltungsstrafverfahrens, AnwBl 1998, 218
(*Barfuß*, Verwaltungsstrafverfahren)

Bauer, Einschränkung der Amtshaftung für die FMA, in: Lienbacher/Wielinger (Hg), Öffentliches Recht – Jahrbuch 2009, 223
(*Bauer*, Einschränkung)

Baumgartner, Art 126b B-VG, in: Rill/Schäfer (Hg), Bundesverfassungsrecht – Kommentar
(*Baumgartner*, Art 126b B-VG)

*Baumgartner***,** Ausgliederung der Zivildienstverwaltung – eine juristische Nachlese, in: Akyürek et al (Hg), Staat und Recht in europäischer Perspektive, FS-Schäffer (2006), 69
(*Baumgartner*, Zivildienstverwaltung)

Baumgartner, Ausgliederung und öffentlicher Dienst (2006)
(*Baumgartner*, Ausgliederung)

*Berka***,** Das liberale Grundprinzip des österreichischen Verfassungsrechts, in: Kopetz/Marko/Poier (Hg), Soziokultureller Wandel im Verfassungsstaat, FS-Mantl (2004), 13
(*Berka*, Grundprinzip)

Berka, Das „eingriffsnahe Gesetz" und die grundrechtliche Interessenabwägung, in: Mayer (Hg), Staatsrecht in Theorie und Praxis, FS Walter (1991), 37
(*Berka*, Eingriff)

*Berka***,** Die Grundrechte (1999)
(*Berka*, Grundrechte)

Berka, Lehrbuch Verfassungsrecht (2008)
(*Berka*, Verfassungsrecht)

Berka, RichterInnen als GrundrechtswahrerInnen: Grundrechte und Rechtsprechung der ersten Instanz, RZ 2008, 114
(*Berka*, RichterInnen)

Beyerer, Sicherheitstechnik, Sicherheitssysteme und Sicherheitsforschung – Aktuelle Herausforderungen, in: Stober (Hg), Sicherheitsgewerbe und Sicherheitstechnik – Von der Personalisierung zur Technisierung (2009), 1
(*Beyerer*, Sicherheitstechnik)

Bischof, Psychologie – Ein Grundkurs für Anspruchsvolle (2008)
(*Bischof*, Psychologie)

Bofinger, Grundzüge der Volkswirtschaftlehre (2007)
(*Bofinger*, Volkswirtschaftslehre)

Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529

Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union (2010)
(*Borchardt*, EU)

Bourne/Ekstrand, Einführung in die Psychologie (1997)
(*Bourne/Ekstrand*, Psychologie)

*Brauneder***,** Staatsaufgaben (1982)

Brauneder, Österreichische Verfassungsgeschichte (2009)
(*Brauneder*, Verfassungsgeschichte)

Brenner, Staatsaufgaben, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hg), Verfassungstheorie (2010), 837
(*Brenner*, Staatsaufgaben)

Brünner, Aufgaben der Verwaltung, in: Wenger/Brünner/Oberndorfer (Hg), Grundriss der Verwaltungslehre (1983), 89
(*Brünner*, Aufgaben)

Brünner/Hauser, (Verfassungs-)Rechtliche Aspekte des Bundesstraßen-Mautgesetzes 2002,
ZVR 2006/100
(*Brünner/Hauser*, BStMG)

*Buhl***,** Auswirkungen der Sicherheitstechnik auf das Sicherheitsgewerbe, in: Stober (Hg), Sicherheitsgewerbe und Sicherheitstechnik – Von der Personalisierung zur Technisierung (2009), 51
(*Buhl*, Sicherheitstechnik)

Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz (1977)
(*Bull*, Staatsaufgaben)

*Bußjäger***,** Zur Konstruktion des verfassungsrechtlich vorgegebenen Beamtenbildes, ÖJZ 1997, 681
(*Bußjäger*, Beamte)

*Bußjäger***,** Bundesverfassung erzwingt keine pragmatisierten Beamten – Eine objektive Verwaltung ist anders möglich, in: Die Presse 2005/45/03
(*Bußjäger*, Presse 2005/45/03)

Butzer, Sicherstellungsauftrag, in: Isensee/Kirchhof (Hg), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd IV (2006) § 74
(*Butzer*, Sicherstellungsauftrag)

Burger, Das Verfassungsprinzip der Menschenwürde in Österreich (2002)
(*Burger*, Menschenwürde)

Burgi, Privatisierung, in: Isensee/Kirchhof (Hg), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd IV (2006) § 75
(*Burgi*, Privatisierung)

Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (2005)
(*Bydlinski*, Grundzüge)

Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1991)
(*Bydlinski*, Methodenlehre)

Carstensen, Wie steht die Gewerkschaftspolitik zum Sicherheitsgewerbe?, in: Stober (Hg), Sicherheitsgewerbe und Sicherheitspolitik – Gewerbepolitische Herausforderungen im Präventions- und Gewährleistungsstaat (2008), 65
(*Carstensen*, Gewerkschaftspolitik)

Christ, Entscheidungsbesprechung zu VfSlg 17.341/2004, JBl 2005, 303
(*Christ*, Zivildienst-Erk)

Csaszar, Kriminalität und Strafverfolgung, ÖJZ 2004/56
(*Csaszar*, Kriminalität)

Damjanovic, Weisungsfreie Behörden: der Vorschlag für eine Neufassung des Art 20 Abs 2 B-VG, JRP 2007, 222
(*Damjanovic*, Behörden)

*D'Atena***,** Die Verflechtung von Konstitutionalismus und Grundrechten, in: Akyürek et al (Hg), Staat und Recht in europäischer Perspektive, FS-Schäffer (2006), 153
(*D'Atena*, Konstitutionalismus und Grundrechte)

*Dearing***,** Sicherheitspolizei und Strafrechtspflege – Versuch einer Bestimmung des Verhältnisses zweier benachbarter Rechtsgebiete, in: Fuchs/Brandstetter (Hg), FS für Winfried Platzgummer (1995), 225
(*Dearing*, Sicherheitspolizei)

Demmelbauer/Hauer, Grundriss des österreichischen Sicherheitsrechts (2002)
(*Demmelbauer/Hauer*, Sicherheitsrecht)

*Denninger***,** Freiheit durch Sicherheit? – Wie viel Schutz der inneren Sicherheit verlangt und verträgt das deutsche Grundgesetz?, in: Pitschas/Stolzlechner (Hg), Auf dem Weg in einen „neuen Rechtsstaat" – Zur künftigen Architektur der inneren Sicherheit in Deutschland und Österreich (2004), 113
(*Denninger*, Freiheit durch Sicherheit?)

Doehring, Die Menschenwürde – Norm oder Phantom?, in: Bröhmer et al (Hg), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, FS-Ress (2005), 1145
(*Doehring*, Menschenwürde)

Eberhard, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005)
(*Eberhard*, Vertrag)

Eberhard, Recht auf Leben, in: Heißl (Hg), Handbuch Menschenrechte (2009), 80
(*Eberhard*, Leben)

Eichstaedt, Eine experimentell prüfbare Theorie der Willenshandlung und Willensentscheidung, entwickelt am Phänomen Ausdauer (1998)
(*Eichstaedt*, Wille)

Eisenmenger, Was bringt die Europapolitik für das Sicherheitsgewerbe?, in: Stober (Hg), Sicherheitsgewerbe und Sicherheitspolitik – Gewerbepolitische Herausforderungen im Präventions- und Gewährleistungsstaat (2008), 23
(*Eisenmenger*, Europapolitik)

Engelkamp/Zimmer, Lehrbuch der kognitiven Psychologie (2006)
(*Engelkamp/Zimmer*, Psychologie)

Engisch, Einführung in das juristische Denken (Nachdruck 2005)
(*Engisch*, Einführung)

Erben/Szirba, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich (1998)
(*Erben/Szirba*, Waffengebrauchsrecht)

Ermacora, Die Menschenrechte als Grundnorm des Rechts, in: Adamovich (Hg), Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit, FS-Klecatsky (1980) Band 1, 151
(*Ermacora*, Menschenrechte)

Ermacora, Die politische Kontrolle, in: Schambeck (Hg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980), 511
(*Ermacora*, Kontrolle)

Ermacora, Gedanken zur Präjudizientechnik in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, in: Schäffer (Hg), Im Dienst an Staat und Recht, FS-Melichar (1983), 3

(*Ermacora*, Präjudizientechnik)

Ermacora, Quellen zum Österreichischen Verfassungsrecht (1967)
(*Ermacora*, Quellen)

Ermacora, Zur Entstehung, in: Schambeck (Hg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980), 3
(*Ermacora*, Entstehung)

Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1972)

*Faber***,** Private Wachdienste in Österreich - Gewerbe, Tätigkeitsfelder und Befugnisse ZfV 2000/2031, 850
(*Faber*, Wachdienste)

Faber, Die Wachkörper und das Erste Bundesrechtsbereinigungsgesetz – Ein Nachruf auf die „Organisationsstatute der Bundessicherheits- und Kriminalbeamtenkorps", JRP 2000, 35
(*Faber*, Wachkörper)

Feik, Gewerberecht, in: Bachmann et al (Hg), Besonderes Verwaltungsrecht (2008), 153
(*Feik*, Gewerberecht)

Fessler, Grundrechtssystem, in: Machacek/Pahr/Stadler (Hg), 70 Jahre Republik – Grund- und Menschenrechte in Österreich (1991), 143
(*Fessler*, Grundrechtssystem)

*Fiedler***,** Ökonomische Aspekte von Ausgliederungen – ein Erfahrungsbericht, in: Österreichische Juristenkommission (Hg), Entstaatlichung – Gefahr für den Rechtsstaat? (2002), 74
(*Fiedler*, Erfahrungsbericht)

Fischer/Tojer, Gewerbeordnung für die betriebliche Praxis (2002)
(*Fischer/Trojer*, Gewerbeordnung)

Fischerlehner, Weisungsfreie Verwaltungsbehörden nach Art 20 B-VG idF der B-VGN 2008, JBl 2010, 417
(*Fischerlehner*, Verwaltungsbehörden)

*Fleiner***,** Allgemeine Staatslehre (2004)
(*Fleiner*, Staatslehre)

Fleischmann, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Veräußerung von Verwaltungsvermögen zur allgemeinen Haushaltsfinanzierung (2003)
(*Fleischmann*, Veräußerung)

Fleischmann, Öffentliche Haushaltsverrechnung und volkswirtschaftliche Gesamtrechnung, in: Steger (Hg), Öffentliche Haushalte in Österreich (2002), 207
(*Fleischmann*, Gesamtrechnung)

Funk, Allgemeine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, in: Amt der Kärntner Landesregierung (Hg), Bildungsprotokolle – Ausgliederungen im Landesbereich Band 1 (1997), 3
(*Funk*, Aspekte)

Funk, Allgemeine verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Probleme, in: Funk (Hg), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte – Rechtsprobleme der Ausgliederungen des Staates in Form von privatrechtlich organisierten Rechtsträgern ohne Imperium (1981), 1
(*Funk*, Probleme)

*Funk***,** Beeidete Jagdaufsichtsorgane – Eine Erscheinungsform dezentralisierter Verwaltung, JBl 1972, 455
(*Funk*, Jagdaufsichtsorgane)

Funk, Das neue Sicherheitspolizeirecht – Kodifikation und Reform einer klassischen Verwaltungsmaterie, JBl 1994, 137
(*Funk*, Sicherheitspolizeirecht)

Funk, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt (1975)
(*Funk*, Verwaltungsakt)

Funk, Der individuelle Verwaltungsakt, in: Rill (Red), Allgemeines Verwaltungsrecht, FS-Antoniolli (1979), 189
(*Funk*, Individueller Verwaltungsakt)

Funk, Die Bestimmungen der Bundesverfassungsnovelle 1929 über Wachkörper, ÖJZ 1973, 589, 625
(*Funk*, Wachkörper)

Funk, Entscheidungsbesprechung zu VfSlg 14.473/1996, ÖWZ 1997, 55
(*Funk*, AC-Erk)

Funk, Entscheidungsbesprechung zu VfSlg 16.400/2001, ÖZW 2003, 16
(*Funk*, BWA-Erk)

*Funk***,** Erodiert der Staat? Ausgliederung, Deregulierung und die Schaffung von Regulierungsbehörden als Symptome staatlichen Wandels, in: Duschanek (Hg), Beiträge zur Ausgliederungsdiskussion (2002), 6
(*Funk*, Erosion)

Funk, Formenmissbrauch und Verfassungsumgehung durch die Legislative. Ein Problem im Spannungsfeld von formalem und materiellem Verfassungsverständnis, in: Morscher/Pernthaler/Wimmer (Hg), Recht als Aufgabe und Verantwortung, FS-Klecatsky (1990), 67
(*Funk*, Formenmissbrauch)

Funk, Grundrechtsentwicklung und polizeiliches Handeln – Orientierungen für Ausbildung und Praxis, in: Fehervary/Stangl (Hg), Menschenrecht und Staatsgewalt (2000), 55
(*Funk*, Grundrechtsentwicklung)

Funk, Maßstäbe der Rechnungshofkontrolle, in: Korinek (Hg), Die Kontrolle wirtschaftlicher Unternehmungen durch den Rechnungshof (1986), 265
(*Funk*, Maßstäbe)

Funk, Verwaltungshandeln und Verwaltungsakt, in: Rill (Red), Allgemeines Verwaltungsrecht, FS-Antoniolli (1979), 157
(*Funk*, Verwaltungshandeln)

*Funk/Stern***,** Der Assistenzeinsatz des Bundesheeres an der Binnengrenze - eine permanente Verfassungsverletzung?, juridikum 2009, 85
(*Funk/Stern*, Assistenzeinsatz)

Gadamer, Wahrheit und Methode (1975)

Gallwas, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: VVDStRL 29 (1971), 211
(*Gallwas*, VVDStRL 29)

Gamper, Aktuelle Herausforderungen an ein „bewegliches System" der österreichischen Bundesverfassung (2008)
(*Gamper*, System)

Gamper, Ist der „pursuit of „happiness" ein Staatszweck? Zur Abgrenzung von Zweck, Aufgaben und Kompetenzen bei der Gemeinwohlverwirklichung, in: Arnold et al (Hg), Recht Politik Wirtschaft – Dynamische Perspektiven, FS-Wimmer (2008), 135
(*Gamper*, Gemeinwohlverwirklichung)

Giese, Sicherheitspolizeirecht, in: Bachmann et al (Hg), Besonderes Verwaltungsrecht (2010), 1
(*Giese*, Sicherheitspolizei)

Glaeser, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, in: VVDStRL 31 (1973), 179
(*Glaeser*, VVDStRL 31)

Goldinger, Geschichte der Republik Österreich (1962)
(*Goldinger*, Geschichte)

*Gössner***,** Der alte „Mythos Sicherheit“ und die „Neue Unsicherheit“, in: Gössner (Hg), Mythos Sicherheit – Der hilflose Schrei nach dem starken Staat (1995), 17
(*Gössner*, Sicherheit)

Grabenwarter, Art 6 EMRK, in: Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht – Textsammlung und Kommentar
(*Grabenwarter*, Art 6 EMRK)

Grabenwarter, Die Freiheit der Erwerbsbetätigung: Art 6 StGG, in: Machacek/Pahr/Stadler (Hg), 40 Jahre EMRK – Grund- und Menschenrechte in Österreich Band 2 (1992), 553
(*Grabenwarter*, Erwerbsbetätigung)

Grabenwarter, Die Verfassung in der Hierarchie der Rechtsordnung, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hg), Verfassungstheorie (2010), 391
(*Grabenwarter*, Hierarchie)

*Grabenwarter***,** Europäische Menschenrechtskonvention (2009)
(*Grabenwarter*, EMRK)

Grabenwarter, Ladenschluss verfassungswidrig, RdW 1989, 264
(*Grabenwarter*, Ladenschluss)

Grabenwarter/Holoubek, Demokratie, Rechtsstaat und Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag, ZfV 2000/520, 194
(*Grabenwarter/Holoubek*, Kollegialbehörden)

Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben (2001)
(*Gramm*, Privatisierung)

Graumann, Einführung in die Psychologie, Band 1 Motivation (1974)
(*Graumann*, Motivation)

Grechenig/Lachmayer, Zur Abwägung von Menschenleben – Gedanken zur Leistungsfähigkeit der Verfassung, JRP 2011, 35
(*Grechenig/Lachmayer*, Menschenleben)

Gruber/Paliege-Barfuß, Die Gewerbeordnung – Kommentar (2005, Stand 2010)
(*Gruber/Paliege-Barfuß*, Gewerbeordnung)

Gutknecht, Das Prinzip Umweltschutz im österreichischen Verfassungsrecht, in: Machacek/Pahr/Stadler (Hg), 40 Jahre EMRK – Grund- und Menschenrechte in Österreich Band 2 (1992), 113
(*Gutknecht*, Umweltschutz)

Gutknecht, Die Privatisierung von Verwaltungsaufgaben - Bericht über die Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1994 in Halle an der Saale, ÖZW 1994, 105

(*Gutknecht*, Tagungsbericht)

Häberle, Menschenwürde und pluralistische Demokratie – ihr innerer Zusammenhang, in: Bröhmer et al (Hg), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, FS-Ress (2005), 1163
(*Häberle*, Menschenwürde)

Handstanger, Sicherheitsverwaltung und mittelbare Bundesverwaltung, ÖJZ 1995, 1
(*Handstanger*, Sicherheitsverwaltung)

Handstanger/Okresek, Sicherheitsverwaltung und MRK – Rechtsprechung der Organe der MRK zum Handeln der Sicherheitspolizei, ÖJZ 1995, 251
(*Handstanger/Okresek*, Sicherheitsverwaltung)

Hauer, Ruhe, Ordnung, Sicherheit (2000)
(*Hauer*, Ruhe)

Hauer, Sicherheitsgewerbe im Vergaberecht, in: Stolzlechner/Stober (Hg), Übertragung von Aufgaben der staatlichen Gefahrenabwehr auf private Sicherheitsunternehmen (2002), 89
(*Hauer*, Sicherheitsgewerbe im Vergaberecht)

*Hauer***,** Unternehmen im Dienste der Hoheitsverwaltung, JBl 1993, 481
(*Hauer*, Unternehmen)

*Hauer/Keplinger***,** Sicherheitspolizeigesetz (2001)
(*Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz 2001)

*Hauer/Keplinger***,** Sicherheitspolizeigesetz (2011)
(*Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz)

Heintzen, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: VVDStRL 62 (2003), 220
(*Heintzen*, VVDStRL 62)

Heißl, Verbot von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, in: Heissl (Hg), Handbuch Menschenrechte (2009), 97
(*Heißl*, Art 3 EMRK)

*Heller***,** Zum Begriff der Kernaufgaben des Staates, in: Akyürek et al (Hg), Staat und Recht in europäischer Perspektive, FS-Schäffer (2006), 241
(*Heller*, Kernaufgaben)

Hengstschläger, Die Kontrolle des Rechnungshofes über öffentliche Unternehmungen, in: Korinek (Hg), Die Kontrolle wirtschaftlicher Unternehmungen durch den Rechnungshof (1986), 1
(*Hengstschläger*, Kontrolle)

Hengstschläger, Totaländerung der Verfassung durch Gesetzessanierung?, in: Mayer (Hg), Staatsrecht in Theorie und Praxis, FS-Walter (1991), 215
(*Hengstschläger*, Totaländerung)

Hengstschläger, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, in: VVDStRL 52 (1993), 298
(*Hengstschläger*, VVDStRL 52)

Herrnritt, Grundlehren des Verwaltungsrechts (1921)
(*Herrnritt*, Grundlehren)

Herzog, Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in: Isensee/Kirchhof (Hg), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd IV (2006) § 72
(*Herzog*, Staatstätigkeit)

*Hiesel***,** Gedanken zur gerichtlichen Konkretisierung von Verfassungsrecht, in: Hammer et al (Hg), Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, FS-Öhlinger (2004), 298
(*Hiesel*, Verfassungskonkretisierung)

Hiesel, Verfassungsgesetzgeber und Verfassungsgerichtshof (1995)
(*Hiesel*, Verfassung)

Hillgruber, Verfassungsinterpretation, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hg), Verfassungstheorie (2010), 505
(*Hillgruber*, Verfassungsinterpretation)

*Hobbes***,** Leviathan (Nachdruck 2006)

Hofmann, Konsequenzen von Entstaatlichung für die Amtshaftung, in: Österreichische Juristenkommission (Hg), Entstaatlichung – Gefahr für den Rechtsstaat? (2002), 148
(*Hofmann*, Konsequenzen)

Holoubek, Die Interpretation der Grundrechte in der jüngeren Judikatur des VfGH, in: Machacek/Pahr/Stadler (Hg), 70 Jahre Republik – Grund- und Menschenrechte in Österreich (1991), 43
(*Holoubek*, Interpretation)

Holoubek, Dynamische Verwaltungsorganisation und das Verwaltungsorganisationskonzept der Bundesverfassung, in: Arnold et al (Hg), Recht Politik Wirtschaft – Dynamische Perspektiven, FS-Wimmer (2008), 221
(*Holoubek*, Verwaltungsorganisation)

Holoubek, Grundrechte zwischen Freiheitsverbürgung und staatlicher Verantwortung – Antworten und Perspektiven der österreichischen Grundrechtsdogmatik, in: Holoubek/Gutknecht/Schwarzer/Martin (Hg), Dimensionen des modernen Verfassungsstaates (2002), 31
(*Holoubek*, Grundrechtsdogmatik)

Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997)
(*Holoubek*, Gewährleistungspflichten)

*Holoubek***,** Liberalisierung, Regulierung und Privatisierung – „Entstaatlichungsdruck" durch das Gemeinschaftsrecht, in: Österreichische Juristenkommission (Hg), Entstaatlichung – Gefahr für den Rechtsstaat? (2002), 122
(*Holoubek*, Entstaatlichungsdruck)

Holoubek, Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz gegenüber dem Gesetzgeber, in: Machacek/Pahr/Stadler (Hg), 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte - Grund- und Menschenrechte in Österreich Band 3 (1997), 795
(*Holoubek*, Vertrauensschutz)

Holoubek, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Konsequenzen der Ausgliederung, Privatisierung und Beleihung, ÖZW 2000, 33
(*Holoubek*, Konsequenzen)

Holzinger, Die Organisation der Verwaltung, in: Holzinger/Oberndorfer/Raschauer (Hg), Österreichische Verwaltungslehre (2006), 107
(*Holzinger*, Organisation)

Isensee, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hg), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd IV (2006) § 71
(*Isensee*, Gemeinwohl)

Isensse, Staatsaufgaben, in: Isensee/Kirchhof (Hg), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd IV (2006) § 73
(*Isensee*, Staatsaufgaben)

Jabloner, Ist das Weisungsprinzip überholt?, in: Hammer (Hg), Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, FS-Öhlinger (2004), 699
(*Jabloner*, Weisung)

Jahnel, Die Auskunftspflicht von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsdienste nach dem SPG, jusIT 2009, 211
(*Jahnel*, Auskunftspflicht)

Jellinek, Allgemeine Staatslehre (1914; Nachdruck 1960)
(*Jellinek*, Staatlehre)

Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993)
(*Jestaedt*, Demokratie)

Jestaedt, Verfassungstheorie als Disziplin, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hg), Verfassungstheorie (2010), 3
(*Jestaedt*, Verfassungstheorie)

Kelsen, Reine Rechtslehre (2. Auflage 1960)
(*Kelsen*, Reine Rechtslehre)

Kelsen, Österreichisches Staatsrecht – Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt (1923)
(*Kelsen*, Staatsrecht)

Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie (1929)
(*Kelsen*, Demokratie)

Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 5 (1929), 53
(*Kelsen*, VVDStRL 5)

Kelsen/Froehlich/Merkl, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922)
(*Kelsen/Froehlich/Merkl*, Bundesverfassung)

Kirchhof, Begriff und Kultur der Verfassung, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hg), Verfassungstheorie (2010), 69
(*Kirchhof*, Verfassung)

Kirchhof, Die Rechtsprechung als Bedingung der Demokratie, in: Holoubek/Gutknecht/Schwarzer/Martin (Hg), Dimensionen des modernen Verfassungsstaates (2002), 89
(*Kirchhof*, Rechtsprechung)

Klecatsky, Bundes-Verfassungsgesetz und Bundesverfassungsrecht, in: Schambeck (Hg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980) 83
(*Klecatsky*, Bundesverfassungsrecht)

Klecatsky/Walzel von Wiesentreu, Durchbruch zum Menschenrechtsstaat, in: FS-Adamovich (1992)
(*Klecatsky/Walzel von Wiesentreu,* Menschenrechtsstaat)

Klein, Staatliches Gewaltmonopol, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hg), Verfassungstheorie (2010), 635
(*Klein*, Gewaltmonopol)

Klingenbrunner, Was ist die Ersatzmaut? Verfassungsrechtliche Fragen der Ausgliederung von Verwaltungsstrafkompetenzen im Mautrecht, ZVR 2007/164
(*Klingenbrunner*, Ersatzmaut)

Klüver, Zur Beleihung des Sicherheitsgewerbes mit Aufgaben der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (2006)
(*Klüver*, Sicherheitsgewerbe)

Kneihs, Grundrechte und Sterbehilfe (1998)
(*Kneihs*, Sterbehilfe)

Kneihs, Mindestsicherung im Mehrebenensystem, JRP 2008, 58
(*Kneihs*, Mindestsicherung)

*Kneihs***,** Privater Befehl und Zwang (2004)
(*Kneihs*, Befehl)

Kneihs, Schutz von Leib und Leben sowie Achtung der Menschenwürde, in: Merten/Papier (Hg), Handbuch der Grundrechte Band VII/1 (2009), 137
(*Kneihs*, Leib und Leben)

Kobzina, Die rechtsstaatliche Verfassung und was daraus geworden ist, in: Mayer (Hg), Staatsrecht in Theorie und Praxis, FS-Walter (1991), 331
(*Kobzina*, Rechtsstaat)

Köchler, Zur Frage der Menschenrechtskonformität demokratischer Systeme, in: Morscher/Pernthaler/Wimmer (Hg), Recht als Aufgabe und Verantwortung, FS-Klecatsky (1990), 97
(*Köchler*, Menschenrechtskonformität)

*Koja***,** Die Erfüllung hoheitlicher Verwaltungsaufgaben durch Private, in: Rill (Red), Allgemeines Verwaltungsrecht, FS-Antoniolli (1979), 439
(*Koja*, Erfüllung)

Koja, Die Verfassung, in: Mayer (Hg), Staatsrecht in Theorie und Praxis, FS-Walter (1991), 349
(*Koja*, Verfassung)

Kolonovits, Sicherheitspolizeirecht, in: Hammer et al (Hg), Besonderes Verwaltungsrecht (2012), 25
(*Kolonovits*, Sicherheitspolizei)

Kopetzki, Art 3 PersFrG, in: Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht – Textsammlung und Kommentar
(*Kopetzki*, Art 3 PersFrG)

Kopetzki, Art 2 EMRK, in: Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht – Textsammlung und Kommentar
(*Kopetzki*, Art 2 EMRK)

Kopp, Unbehagen mit der Demokratie und Stabilität des rechtsstaatlich-demokratischen Systems, in: Adamovich/Pernthaler (Hg), Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit, FS-Klecatsky Bd 1 (1980), 461
(*Kopp*, Demokratie)

Korinek, Das Bewegliche System im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, in: Bydlniksi et al (Red), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986)
(*Korinek*, System)

Korinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), 1
(*Korinek*, VVDStRL 39)

Korinek, Entwicklungstendenzen in der Grundrechtsjudikatur des Verfassungsgerichtshofes (1992)
(*Korinek*, Entwicklungstendenzen)

Korinek, Gedanken zur Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitsgrundsatz nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, in: Schäffer (Hg), Im Dienst an Staat und Recht, FS-Melichar (1983), 39
(*Korinek*, Gleichheitsgrundsatz)

*Korinek***,** Kontrollprobleme, in: Funk (Hg), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte – Rechtsprobleme der Ausgliederung des Staates in Form von privatrechtlich organisierten Rechtsträgern ohne Imperium (1981), 101
(*Korinek*, Kontrollprobleme)

Korinek, Staatsrechtliche Bedingungen und Grenzen der Ausgliederung und Beleihung ÖZW 2000, 46
(*Korinek*, Bedingungen)

*Korinek***,** Verfassungsrechtliche Grenzen von Ausgliederung, Beleihung und Inpflichtnahme, in: Duschanek (Hg), Beiträge zur Ausgliederungsdiskussion (2002), 28
(*Korinek*, Grenzen)

Korinek, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, Mayer (Hg), Staatsrecht in Theorie und Praxis, FS-Walter (1991), 363
(*Korinek*, Verfassungsinterpretation)

Korinek/Denk, Vergaberecht, in: Raschauer (Hg), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts (2003), Rz 701
(*Korinek/Denk*, Vergaberecht)

*Korinek/Gutknecht***,** Christliche Werte in der österreichischen Verfassung, in: Kopetz/Marko/Poier (Hg), Soziokultureller Wandel im Verfassungsstaat, FS-Mantl (2004), 81
(*Korinek/Gutknecht*, Werte)

Korinek/Gutknecht, Der Grundrechtsschutz, in: Schambeck (Hg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980), 291
(*Korinek/Gutknecht*, Grundrechte)

Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993)
(*Korinek/Holoubek*, Privatwirtschaftsverwaltung)

*Kostelka***,** Rechtsschutzdefizit durch Ausgliederung?, in: Österreichische Juristenkommission (Hg), Entstaatlichung – Gefahr für den Rechtsstaat? (2002), 249
(*Kostelka*, Rechtsschutz)

Krajcsir, Staatliche Hoheitsverwaltung durch Private (1999)
(*Krajcsir*, Hoheitsverwaltung)

Krebs, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, in: VVDStRL 52 (1993), 248
(*Krebs*, VVDStRL 52)

Kucsko-Stadlmayer, Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hg), Handbuch der Grundrechte (2009), 49
(*Kucsko-Stadlmayer*, Strukturen)

Kucsko-Stadlmayer, Diskussionsbeitrag, in: Österreichische Juristenkommission (Hg), Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat (1998), 125
(*Kucsko-Stadlmayer*, Diskussionsbeitrag)

Kucsko-Stadlmayer, Grenzen der Ausgliederung, in: Verhandlungen des 15. Österreichischen Juristentages Bd I/1 (2003)
(*Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen)

Kucsko-Stadlmayer, Verfassungsrechtliche Schranken der Reduzierung und Ausgliederung von Staatsaufgaben, in: Österreichische Juristenkommission (Hg), Rechtsstaat – Liberalisierung und Strukturreform (1998), 171
(Kucsko-Stadlmayer, Reduzierung*)*

*Kucsko-Stadlmayer***,** Warum der Rechtsstaat (eine Art) Beamte braucht, in: Die Presse 2006/03/03
(*Kucsko-Stadlmayer*, Presse 2006/03/03)

Kühteubl, "Ausgliederung - Privatisierung- Beleihung" Bericht über ein Symposium der Studiengesellschaft für Recht und Wirtschaft, ÖZW 1998, 56
(*Kühteubl*, Symposium)

Kunnert, Der sicherheitspolizeiliche Griff nach Telekommunikationsdaten, in: Jahnel (Hg), Datenschutzrecht und E-Government (2008), 83
(*Kunnert*, Telekommunikationsdaten)

Küpper/Helber, Ablauforganisation in Produktion und Logistik (1995)
(*Küpper/Helber*, Ablauforganisation)

Lachmayer, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung - Reflexionen zur verfassungsgerichtlichen Rsp in der Ausgliederungsdebatte, JBl 2007, 750
(*Lachmayer*, Ausgliederungen)

Lachmayer, Demokratischer Überwachungsstaat im rechtsstaatlichen Spannungsfeld juridikum 2006, 30
(*Lachmayer*, Überwachungsstaat)

Lachmayer, Transnationales Polizeihandeln – demokratische und rechtsstaatliche Herausforderungen der europäischen Polizeikooperation, JBl 2011, 409
(*Lachmayer*, Polizeihandeln)

Lehner, Volkswirtschaftliche Aspekte von Ausgliederungen, in: Gröhs et al (Hg), Ausgliederungen – Privatwirtschaftliche Aktivitäten der öffentlichen Hand (2003), 37
(*Lehner*, Volkswirtschaftliche Aspekte)

Link, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: VVDStRL 48 (1990), 7
(*Link*, VVDStRL 48)

Locke, Two treatises on government (Nachdruck 1994)

Mader, Einführung in die Philosophie (2005)
(*Mader*, Philosophie)

Martino, Die Auswirkungen des Vertrags von Lissabon, SIAK-Journal 1/2009, 58
(*Martino*, Auswirkungen)

Matscher, Der Gerichtsbegriff der EMRK, in: FS-Baumgärtel (1990), 363
(*Matscher*, Gerichtsbegriff)

Matzka, Das B-VG und die atypischen Organisationsformen der österreichischen Verwaltung, in: Hammer et al (Hg), Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, FS-Öhlinger (2004), 685
(*Matzka*, Organisationsformen)

Matzka, Organisationskreation in der österreichischen Verwaltungsrechtsordnung, JBl 1980, 505
(*Matzka*, Organisationskreation)

Mayer, Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre, in: Walter (Hg), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre (1992), 61
(*Mayer*, Interpretationstheorie)

Mayer, Die „Normativität" faktischer Amtshandlungen, in: Mayer (Hg), Staatsrecht in Theorie und Praxis, FS-Walter (1991), 463
(*Mayer*, „Normativität")

Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht – Kurzkommentar (2007)
(*Mayer*, Kommentar)

Mayer, Funktion der Sicherheitsexekutive im demokratischen Rechtsstaat, AnwBl 1995, 469
(*Mayer*, Sicherheitsexekutive)

Mayer, Funktion und Grenzen der Gerichtsbarkeit im Rechtsstaat (1991)
(*Mayer*, Gerichtsbarkeit)

Mayrhofer, Ernst Mayerhofer´s Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst in den im Reichsrathe vertretenen Königreichen und Ländern mit besonderer Berücksichtigung der diesen Ländern gemeinsamen Gesetze und Verordnungen Band VI (1900)
(*Mayrhofer*, Handbuch)

Melichar, Von der Gewaltentrennung im formellen und materiellen Sinn unter Berücksichtigung der Abgrenzung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung, insbesondere auf dem Gebiete des Strafrechts (1970)
(*Melichar*, Gewaltentrennung)

Menk, Corporate Security als strategischer Erfolgsfaktor im globalen Wettbewerb, in: Stober (Hg), Sicherheitsgewerbe und Sicherheitspolitik – Gewerbepolitische Herausforderungen im Präventions- und Gewährleistungsstaat (2008), 53
(*Menk*, Corporate Security)

Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) (Neudruck 1999)
(*Merkl*, Verwaltungsrecht)

Merkl, Demokratie und Verwaltung (1923)
(*Merkl*, Demokratie)

Merkl, Die Finanzdiktatur der Nationalbank, JBl 1932, 185
(*Merkl*, Finanzdiktatur)

Merkl, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Verdross (Hg), Gesellschaft – Staat und Recht, FS-Kelsen (1931), 252
(*Merkl*, Prolegomena)

Merli, Öffentliches Gut als Gegenstand von Public Private Partnership, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hg), Public Private Partnership (2003), 59
(*Merli*, PPP)

Merten, Aktuelle Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich, in: Schäffer (Hg), Im Dienst an Staat und Recht, FS-Melichar (1983), 107
(*Merten*, Verfassungsgerichtsbarkeit)

Moos, Die ethischen Grundlagen des Strafrechts, in: Bundesministerium für Justiz, Dimensionen und Perspektiven des Rechts, FS-Rosenzweig (1988), 399
(*Moos*, Grundlagen)

Moos, Zum geschichtlichen Verhältnis von Sicherheitsexekutive und der Entwicklung der Menschenrechte, in: Fehervary/Stangl (Hg), Menschenrecht und Staatsgewalt (2000), 21
(*Moos*, Entwicklung)

Müller, Anmerkungen zum Schutz der Menschenwürde in Österreich, in: Bammer et al (Hg), Rechtsschutz gestern - heute - morgen, FS-Machacek/Matscher (2008), 301
(*Müller*, Menschenwürde)

Müller, Berufsbeamte sichern demokratische Legitimation, in: Die Presse 2005/46/02
(*Müller*, Presse 2005/46/02)

Müller B., Das österreichische Regulierungsbehördenmodell (2011)
(*Müller B*., Regulierung)

Neisser, Voraussetzungen und Konsequenzen von Ausgliederungen, in: Österreichische Juristenkommission (Hg), Entstaatlichung – Gefahr für den Rechtsstaat? (2002), 64
(*Neisser*, Ausgliederungen)

Nowak, Polizei und Menschenrechte – Schutz und Bedrohung, in: Fehervary/Stangl (Hg), Menschenrecht und Staatsgewalt (2000), 86
(*Nowak*, Polizei)

Nowak, Strafrechtspflege und Menschenrechte, in: BMJ (Hg), Strafverfahren – Menschenrechte – Effektivität (2001), 1
(*Nowak*, Strafrechtspflege)

Oberhummer, Die Wiener Polizei II (1937)
(*Oberhummer*, Polizei)

*Obermann/Obermair/Weigel***,** Evaluierung von Ausgliederungen - Kriterien für eine umfassende Bewertung, JRP 2002, 162
(*Obermann/Obermair/Weigel*, Evaluierung)

Oberndorfer, Art 1 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht – Textsammlung und Kommentar
(*Oberndorfer*, Art 1 B-VG)

Oberndorfer, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Holoubek/Gutknecht/Schwarzer/Martin (Hg), Dimensionen des modernen Verfassungsstaates (2002), 105
(*Oberndorfer*, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit)

Öhlinger, Die Bedeutung Hans Kelsens im Wandel (2003) (veröffentlicht unter www.demokratiezentum.org)
(*Öhlinger*, Wandel)

Öhlinger, Überlegungen zu den rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen einer Verkehrsüberwachung durch Private, ZVR 1992, 144
(*Öhlinger*, Verkehrsüberwachung)

Öhlinger, Verfassung und Demokratie in Österreich zu Beginn des 21. Jahrhunderts, in: Brünner/Mantl/Noll/Pleschberger (Hg), Kultur der Demokrtie, FS-Welan (2002)
(*Öhlinger*, Demokratie)

Öhlinger, Verfassungsgerichtsbarkeit und parlamentarische Demokratie, in: Schäffer (Hg), Im Dienst an Staat und Recht, FS-Melichar (1983), 125
(*Öhlinger*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie)

Öhlinger, Verfassungsrecht (2009)

Öhlinger, Weisungsfreie Verwaltungsbehörden nach der B-VGNovelle BGBl I 2008/2, JRP 2008, 85
(*Öhlinger*, B-VGNovelle 2008)

Olschok, Entwicklung und Perspektiven des Wach- und Sicherheitsgewerbes auf nationaler und europäischer Ebene, in: Stober/Olschok (Hg), Handbuch des Sicherheitsgewerberechts (2004)
(*Olschok*, Wach- und Sicherheitsgewerbe)

Olschok, Sicherheitsgewerbe und Preispolitik, in: Stober (Hg), Sicherheitsgewerbe und Sicherheitspolitik – Gewerbepolitische Herausforderungen im Präventions- und Gewährleistungsstaat (2008), 59
(*Olschok*, Preispolitik)

Ossenbühl, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: VVDStRL 29 (1971), 137
(*Ossenbühl*, VVDStRL 29)

Pabel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Ausgliederung, JRP 2005, 221
(*Pabel*, Ausgliederung)

Pahr, Schutz und Ausbau der Menschenrechte, in: Machacek/Pahr/Stadler (Hg), 70 Jahre Republik – Grund- und Menschenrechte in Österreich (1991), 3
(*Pahr*, Menschenrechte)

Peilert/Lange, Möglichkeiten und Grenzen der Übertragung von Aufgaben der staatlichen Gefahrenabwehr auf private Sicherheitsunternehmen - Bericht über ein österreichisch-deutsches Symposium zum Sicherheitsgewerberecht am 25. 5. 2001 in Salzburg, ÖJZ 2001, 888
(*Peilert/Lange*, Übertragung)

*Peters***,** Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Dietz/Hübner (Hg), FS-Nipperdey (1965), 877
(*Peters*, Aufgaben)

*Pernthaler***,** Braucht ein positivrechtlicher Grundrechtskatalog das Prinzip der Menschenwürde?, in: Akyürek et al (Hg), Staat und Recht in europäischer Perspektive, FS-Schäffer (2006), 613
(*Pernthaler*, Menschenwürde)

*Pernthaler***,** Der Kern und die Allotropien des Rechtsstaats, in: Kopetz/Marko/Poier (Hg), Soziokultureller Wandel im Verfassungsstaat, FS-Mantl (2004), 145
(*Pernthaler*, Rechtsstaat)

Pernthaler, Der Verfassungskern – Gesamtänderung und Durchbrechung der Verfassung im Lichte der Theorie, Rechtsprechung und europäischer Verfassungskultur (1998)
(*Pernthaler*, Verfassungskern)

Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht (2004)
(*Pernthaler*, Bundesstaatsrecht)

Pernthaler, "Sozialstaat" als Grundsatz der Bundesverfassung?, JRP 2002, 83
(*Pernthaler*, Sozialstaat)

*Pernthaler***,** Trennung von Staat und Gesellschaft - ein überholtes Verfassungsmodell? Wiener Juristische Gesellschaft (Sitzung vom 13. 4. 1988), ÖJZ 1988, 455
(*Pernthaler*, Staat und Gesellschaft)

Pernthaler, Ungeschriebene Grundrechte und Grundrechtsprinzipien in der österreichischen Rechtsordnung, in: Hammer (Hg), Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, FS-Öhlinger (2004), 447
(*Pernthaler*, Grundrechte)

Pircher, Ausgliederungsmodelle und ihre Vor- und Nachteile, in: Gröhs et al (Hg), Ausgliederungen – Privatwirtschaftliche Aktivitäten der öffentlichen Hand (2003), 15
(*Pircher*, Ausgliederungsmodelle)

Piskernigg, Zur Lage des staatlichen Gewaltmonopols, JBl 2010, 137
(*Piskernigg*, Gewaltmonopol)

Pitschas, Europarechtliche Grundlagen des Sicherheitsgewerberechts und der Übertragung von Aufgaben der staatlichen Gefahrenabwehr, in: Stolzlechner/Stober (Hg), Übertragung von Aufgaben der staatlichen Gefahrenabwehr auf private Sicherheitsunternehmen (2002), 5
(*Pitschas*, Grundlagen)

Pitschas, Vom „neuen Rechtsstaat“: Freiheit in Sicherheit durch gesellschaftliche Verantwortungspartnerschaft für den inneren Frieden, in: Pitschas/Stolzlechner (Hg), Auf dem Weg in einen „neuen Rechtsstaat“ – Zur künftigen Architektur der inneren Sicherheit in Deutschland und Österreich (2004), 95
(*Pitschas*, Verantwortungspartnerschaft)

Potacs, Devisenbewirtschaftung (1991)

Potacs, Öffentliche Unternehmen, in: Raschauer (Hg), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts (2003), Rz 901
(*Potacs*, Unternehmen)

Potacs, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen von Public Private Partnerships, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hg), Public Private Partnership (2003), 27
(*Potacs*, PPP)

Pöschl, Art 78a B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht – Textsammlung und Kommentar
(*Pöschl*, Art 78a B-VG)

Pöschl, Art 78c B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht – Textsammlung und Kommentar
(*Pöschl*, Art 78c B-VG)

Pöschl, Art 78d B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht – Textsammlung und Kommentar
(*Pöschl*, Art 78d B-VG)

Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008)
(*Pöschl*, Gleichheit)

Prisching, Entstaatlichung – Zwangshandlung, Zeitgeistphänomen, Wundermittel?, in: Österreichische Juristenkommission (Hg), Entstaatlichung – Gefahr für den Rechtsstaat? (2002), 19
(*Prisching*, Entstaatlichung)

Puck, Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch juristische Personen des Privatrechts, die von der öffentlichen Hand beherrscht werden, in: Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft (Hg), Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte (1973), 9
(*Puck*, Erfüllung)

Pürgy, Die Bedeutung der Verfassung im politischen System – Das österreichische Verfassungsverständnis, JRP 2011, 15
(*Pürgy*, Verfassungsverständnis)

Pürstl, Radarüberwachung durch Gemeinden Mehr "Privat als Staat" - aber unzulässig ZVR 2007/71
(*Pürstl*, Radarüberwachung)

Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht (2009)
(*Raschauer*, Verwaltungsrecht)

Raschauer, Art 77 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht – Textsammlung und Kommentar
(*Raschauer*, Art 77 B-VG)

Raschauer, Die Zulässigkeit der Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf ausgegliederte Rechtsträger und Private vor dem Hintergrund der parlamentarischen Kontrolle, in: Bußjäger (Hg), Parlamentarische Kontrolle und Ausgliederung (2009), 19
(*Raschauer*, Kontrolle)

Raschauer, Grenzen der Ausgliederung von Staatsfunktionen - Wiener Juristische Gesellschaft (Sitzung vom 12. 4. 1989), ÖJZ 1989, 529
(*Raschauer*, Ausgliederung)

Raschauer, Grenzen der Wahlfreiheit zwischen den Handlungsformen der Verwaltung im Wirtschaftsrecht, ÖZW 1977, 1
(*Raschauer*, Wahlfreiheit)

Raschauer, Keine Grenzen für Privatisierungen?, ecolex 1994, 434
(*Raschauer*, Grenzen)

Raschauer, „Kernaufgaben des Staates": Rechtsfortbildung oder Rechtskreation? – Anmerkungen zu VfGH 15.10.2004, G 36/04, ZfV 2005, 18
(*Raschauer*, Rechtsfortbildung)

Raschauer, Staatliche Kernaufgaben – Notwendigkeit oder Fiktion?, in: Österreichische Juristenkommission (Hg), Entstaatlichung – Gefahr für den Rechtsstaat? (2002), 107
(*Raschauer*, Kernaufgaben)

Raschauer, Verwaltungsaufgaben, in: Holzinger/Oberndorfer/Raschauer (Hg), Österreichische Verwaltungslehre (2006) 181
(*Raschauer*, Verwaltungsaufgaben)

Raschauer/Kazda, Organisation der Verwaltung, in: Wenger/Brünner/Oberndorfer (Hg), Grundriss der Verwaltungslehre (1983), 141
(*Raschauer/Kazda*, Organisation)

*Resch***,** Die Austro Control GmbH, ZfV 1998, 272
(*Resch*, Austro Control)

Ress, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: VVDStRL 48 (1990), 56
(*Ress*, VVDStRL 48)

*Ress***,** Würde des Menschen – die gedankliche Herkunft der Menschenrechte und ihre gegenwärtige Funktion, in: Akyürek et al (Hg), Staat und Recht in europäischer Perspektive, FS-Schäffer (2006), 703
(*Ress*, Menschenwürde)

Riccabona-Zecha, Geschwindigkeitsmessungen in Gemeinden durch Private?, RFG 2006/33
(*Riccabona-Zecha*, Geschwindigkeitsmessungen)

Rill, Grenzen der Ausgliederung behördlicher Aufgaben aus der unmittelbaren Staatsverwaltung – Überlegungen anlässlich der geplanten Betrauung eines eigenen Rechtsträgers mit der Wertpapieraufsicht, ÖBA 1996, 748
(*Rill*, Grenzen)

*Rill***,** Staatliche Kernaufgaben – Notwendigkeit oder Fiktion?, in: Österreichische Juristenkommission (Hg), Entstaatlichung – Gefahr für den Rechtsstaat? (2002), 99
(*Rill*, Kernaufgaben)

Rill, Zum Verwaltungsbegriff, in: Rill (Red), Allgemeines Verwaltungsrecht, FS-Antoniolli (1979), 35
(*Rill*, Verwaltungsbegriff)

Rill/Schäffer, Art 1 B-VG, in: Rill/Schäfer (Hg), Bundesverfassungsrecht – Kommentar
(*Rill/Schäffer*, Art 1 B-VG)

Saladin, Grundrechtsprobleme, in: Rill (Red), Allgemeines Verwaltungsrecht, FS-Antoniolli (1979), 59
(*Saladin*, Grundrechtsprobleme)

Saladin, Verantwortung als Staatsprinzip (1984)
(*Saladin*, Verantwortung)

Schäffer, Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private – Beleihung und Inpflichtnahme, in: Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft (Hg), Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte (1973), 58
(*Schäffer*, Erfüllung)

Schäffer, Die Interpretation, in: Schambeck (Hg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980), 57
(*Schäffer*, Interpretation)

Schäffer, Die sogenannte Privatwirtschaftsverwaltung und das Gesetz, in: Rill (Red), Allgemeines Verwaltungsrecht, FS-Antoniolli (1979), 253
(*Schäffer*, Privatwirtschaftsverwaltung)

Schäffer, Grundrechtliche Organisations- und Verfahrensgarantien, in: Merten/Papier (Hg), Handbuch der Grundrechte (2009), 525
(*Schäffer*, Garantien)

Schäffer, Verfassungsinterpretation in Österreich (1971)
(*Schäffer*, Verfassungsinterpretation)

Schambeck, Die Demokratie, in: Schambeck (Hg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980), 149
(*Schambeck*, Demokratie)

Schambeck, Die Grundwerte des öffentlichen Lebens, in: Krawietz/Mayer-Maly/Weinberger (Hg), Objektivierung des Rechtsdenkens, Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo (1984), 321
(*Schambeck*, Grundwerte)

Schambeck, Gedanken zur Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung in Österreich, in: Funk (Hg), Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen, FS-Adamovich (2002), 709
(*Schambeck*, Gedanken)

Schambeck, Staatsstrukturbestimmungen und österreichisches Bundesverfassungsrecht, in: Adamovich/Pernthaler (Hg), Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit, FS-Klecatsky Bd 2 (1980), 867
(*Schambeck*, Staatsstrukturbestimmungen)

Schambeck, Österreichs Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, in: Schäffer (Hg), Im Dienst an Staat und Recht, FS-Melichar (1983), 185
(*Schambeck*, Verfassungsgerichtsbarkeit)

Schambeck, Zum Begriff der Verfassung im formellen und materiellen Sinn aus österreichischer Sicht, in: Morscher/Pernthaler/Wimmer (Hg), Recht als Aufgabe und Verantwortung – FS-Klecatsky (1990), 247
(*Schambeck*, Verfassung)

Schambeck; Zur Theorie und Interpretation der Grundrechte in Österreich, in: Machacek/Pahr/Stadler (Hg), 70 Jahre Republik – Grund- und Menschenrechte in Österreich (1991), 83
(*Schambeck*, Interpretation)

Schindler, Dienst- und Fachaufsicht in der Sicherheitsexekutive, JÖS 20
(*Schindler*, Dienst- und Fachaufsicht)

Schmid, Grundrechte im strafgerichtlichen Verfahren, RZ 2009, 153
(*Schmid*, Grundrechte)

Schmidtchen, Sicherheit als Wirtschaftsgut, in: Stober/Olschok (Hg), Handbuch des Sicherheitsgewerberechts (2004), 35
(*Schmidtchen*, Sicherheit)

Schöbener, Allgemeine Staatslehre (2009)
(*Schöbener*, Staatslehre)

Schwab, Die finanzielle Kontrolle, in: Schambeck (Hg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980), 563
(*Schwab*, Kontrolle)

Schwartz, PPP und Vergaberecht, ecolex 2005, 14

Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht (2000)

Siess-Scherz, Art 15 EMRK, in: Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht – Textsammlung und Kommentar
(*Siess-Scherz*, Art 15 EMRK)

Steindl, Amt oder soziale Institution? Staatsreform und New Public Management als Herausforderung, NZ 2003/13
(*Steindl*, Staatsreform)

Stelzer, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1991)
(*Stelzer*, Wesensgehaltsargument)

Stern, Ein Beitrag zur Inpflichtnahme des Staates für die Optimierung der Grundrechte, in: Holoubek/Gutknecht/Schwarzer/Martin (Hg), Dimensionen des modernen Verfassungsstaates (2002), 1
(*Stern*, Optimierung)

*Stober***,** Gesetzlich normierte Kooperation zwischen Polizei und privaten Sicherheitsdiensten (2007)
(*Stober*, Kooperation)

Stober, Moderne Dimensionen des Sicherheitsgewerberechts, in: Stober/Olschok (Hg), Handbuch des Sicherheitsgewerberechts (2004), 1
(*Stober*, Sicherheitsgewerberecht)

*Stober***,** Neues Sicherheitsdenken im kooperativen Staat, in: Akyürek et al (Hg), Staat und Recht in europäischer Perspektive, FS-Schäffer (2006), 795
(*Stober*, Kooperativer Staat)

*Stober***,** Neues Sicherheitsdenken im technologiegeprägten Sicherheitsstaat, in: Stober (Hg), Sicherheitsgewerbe und Sicherheitstechnik – Von der Personalisierung zur Technisierung (2009), 69
(*Stober*, Sicherheitsdenken)

Stober, Staatliche Gefahrenabwehr und private Sicherheitsunternehmen – Police-Private-Partnerships als Essentiale einer effizienten Sicherheitsinfrastruktur, in: Stolzlechner/Stober (Hg), Übertragung von Aufgaben der staatlichen Gefahrenabwehr auf private Sicherheitsunternehmen (2002), 61
(*Stober*, Sicherheitsinfrastruktur)

*Stoll***,** Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft (2003)

*Stolzlechner***,** Die neue Sicherheitsarchitektur in Österreich (Teil I + II), JSt 2003, 113, 149; zugleich in: Pitschas/Stolzlechner (Hg), Auf dem Weg in einen „neuen Rechtsstaat" – Zur künftigen Architektur der inneren Sicherheit in Deutschland und Österreich (2004), 193
(*Stolzlechner*, Sicherheitsarchitektur)

Stolzlechner, Möglichkeiten und Grenzen der Übertragung staatlicher Gefahrenabwehraufgaben auf private Sicherheitsunternehmen, in: Stolzlechner/Stober (Hg), Übertragung von Aufgaben der staatlichen Gefahrenabwehr auf private Sicherheitsunternehmen (2002), 27
(*Stolzlechner*, Übertragung)

Stolzlechner/Horvath, Sicherheitsverwaltung und Privatwirtschaft - Teil 1, in: BMI (Hg), SIAK-Journal 4/2009, 67
(*Stolzlechner/Horvath*, Sicherheitsverwaltung I)

Stolzlechner/Horvath, Sicherheitsverwaltung und Privatwirtschaft - Teil 2, in: BMI (Hg), SIAK-Journal 1/2010, 17
(*Stolzlechner/Horvath*, Sicherheitsverwaltung II)

Streinz, Sinn und Zweck des Nationalstaats in der Zeit der Europäisierung und Globalisierung, in: Bröhmer et al (Hg), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, FS-Ress (2005), 1277
(*Streinz*, Nationalstaat)

Strejcek, Sicherheitskontrollen auf Zivilflugplätzen - Zur Privatisierung und Finanzierung von Personen-Überprüfungen nach dem Luftfahrtsicherheitsgesetz, ZVR 2006/141
(*Strejcek*, Sicherheitskontrollen)

Thaler, Der öffentliche Bereich und die Unabhängigkeit des Denkens, in: Funk (Hg), Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen, FS-Adamovich (2002), 791
(*Thaler*, Unabhängigkeit)

Thann, Die Privatisierung der Kraftfahrzeugzulassung, ZVR 2001, 371
(*Thann*, Kraftfahrzeugzulassung)

Thienel, Vertrauensschutz und Verfassungsrecht (1990)

Thürer, Die Worte des Richters – Gedanken rund um die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Hammer et al (Hg), Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, FS-Öhlinger (2004), 272
(*Thürer*, Die Worte des Richters)

Tiedemann, Menschwürde als Rechtsbegriff – Eine philosophische Klärung (2007)
(*Tiedemann*, Menschenwürde)

Tomandl, Arbeitsrecht 1 – Gestalter und Gestaltungsmittel (2008)

Tomandl/Schrammel, Arbeitsrechts 2 – Sachprobleme (2008)

Traxler, Zur Abgrenzung von fachlichen und dienstrechtlichen Weisungen, dargestellt am Beispiel der Bundesgendarmerie, ÖJZ 1973, 542
(*Traxler*, Weisungen)

Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2005)
(*Tschentscher*, Legitimation)

Ulbrich, Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechts (1904)
(*Ulbrich*, Verwaltungsrecht)

Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: VVDStRL 62 (2003), 266
(*Voßkuhle*, VVDStRL 62)

Wach, Private Sicherheitsdienste und Strafrecht, JSt 2008, 48
(*Wach*, Sicherheitsdienste)

Wahl, Prävention und Vorsorge (1995)
(*Wahl*, Prävention)

Walter, Der Aufbau der Rechtsordnung (1974)
(*Walter*, Aufbau)

Walter, Philosophische Hermeneutik und Reine Rechtslehre, in: Vetter/Potacs (Hg), Beiträge zur juristischen Hermeneutik (1990), 41
(*Walter*, Hermeneutik)

Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts (2007)
(*Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer***,** Bundesverfassungsrecht)

Walzel von Wiesentreu, Grenzen der Ausgliederung – Eine bundesverfassungs- und verwaltungsrechtssystematische Darstellung der Grenzen der Ausgliederung öffentlicher Aufgaben aus dem Bereich der Landes- und Gemeindeverwaltung, in: Verhandlungen des 15. österreichischen Juristentages (Hg) Innsbruck 2003, Verfassungsrecht - Grenzen der Ausgliederung Band 2 (2005), 1
(*Walzel von Wiesentreu*, Grenzen)

Walzel von Wiesentreu, Rechtsfragen der Ausgliederung öffentlicher Aufgaben, insbesondere im kommunalen Bereich, ÖGZ 12/1997, 11
(*Walzel von Wiesentreu*, Ausgliederung)

Walzel von Wiesentreu, Unzulässigkeit der Beleihung ausgegliederter Rechtsträger mit der Verordnungsgebung im Bereich staatlicher Kernaufgaben, ÖZW 2004, 123
(*Walzel von Wiesentreu*, Verordnungsgebung)

Weber/Schlag, Sicherheitspolizei und Föderalismus (1995)
(*Weber/Schlag*, Sicherheitspolizei)

Wenger, Grundfragen und Grundbegriffe des Organisationsrechts, in: Rill (Red), Allgemeines Verwaltungsrecht, FS-Antoniolli (1979), 343
(*Wenger*, Organisationsrecht)

Weichselbaum, Berufsbeamtentum und Verfassung (2003)
(*Weichselbaum*, Berufsbeamtentum)

Weiss, IP-Adressen und Handyortung, in: Öffentliche Sicherheit 3-4/2008, 113
(*Weiss*, Handyortung)

Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben (2002)
(*Weiß*, Privatisierung)

Weissel, Sicherheit um jeden Preis?, ZfRV 1998, 109
(*Weissel*, Sicherheit)

Wiederin, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998)
(*Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht)

Wiederin, Verfassungsfragen der Errichtung eines Bundeskriminalamtes, JBl 2001, 273
(*Wiederin*, BKA)

Wiederin, Rechtspolitik der Zukunft – Innere Sicherheit, in: Holoubek/Lienbacher (Hg), Rechtspolitik der Zukunft – Zukunft der Rechtspolitik (1999), 277
(*Wiederin*, Innere Sicherheit)

Wieser, Zur materiellen Gewaltentrennung zwischen Justiz und Verwaltung – im Besonderen: zum Funktionsvorbehalt zugunsten der Verwaltung, JBl 2009, 351
(*Wieser*, Gewaltentrennung)

Wimmer/Arnold, Optimierung der Staatlichkeit, in: Morscher/Pernthaler/Wimmer (Hg), Recht als Aufgabe und Verantwortung, FS-Klecatsky (1990), 247
(*Wimmer/Arnold*, Optimierung)

Wimmer/Kahl, Die öffentlichen Unternehmen im freien Markt (2001)
(*Wimmer/Kahl*, Unternehmen)

Winkler, Der Apotheker im Verfassungsrecht, in: Winkler (Hg), Rechtswissenschaft und Politik, FS-Antoniolli (1998), 225
(*Winkler*, Apotheker)

Winkler, Der freie Mensch im Rechtsstaat, in: Winkler (Hg), Rechtswissenschaft und Politik, FS-Antoniolli (1998), 153
(*Winkler*, Rechtsstaat)

Winkler, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, in: Rill (Red), Allgemeines Verwaltungsrecht, FS-Antoniolli (1979), 3
(*Winkler*, Wissenschaft)

Winkler, Organisations- und Institutionenreform im Bereich der Landesverteidigung, in: Winkler (Hg), Rechtswissenschaft und Politik, FS-Antoniolli (1998), 265
(*Winkler*, Reform)

Winkler, Rechtstheorie und Erkenntnislehre (1990)
(*Winkler*, Rechtstheorie)

Winkler, Über einige Eigenarten der Verfassung, in: Winkler (Hg), Rechtswissenschaft und Politik, FS-Antoniolli (1998), 19
(*Winkler*, Eigenarten)

Winkler, Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen (1969)
(*Winkler*, Wertbetrachtung)

Zellenberg, Der grundrechtliche Schutz vor Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung, in: Machacek/Pahr/Stadler (Hg), 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte - Grund- und Menschenrechte in Österreich Band 3 (1997), 441
(*Zellenberg*, Art 3 EMRK)

Zellenberg, Gibt es staatliche Kernaufgaben?, WipolBl 2001, 683
(*Zellenberg*, Kernaufgaben)

Zellenberg, Selbstverwaltung neu?, in: Lienbacher/Wielinger (Hg), Öffentliches Recht – Jahrbuch 2009, 149
(*Zellenberg*, Selbstverwaltung)

Ziercke, Sicherheitsstrategische Grundlagen des Sicherheitsgewerbes im Rahmen staatlicher Sicherheitsgewährleistung, in: Stober/Olschok (Hg), Handbuch des Sicherheitsgewerberechts (2004), 58
(*Ziercke*, Sicherheitsstrategie)

Zippelius, Allgemeine Staatslehre (2007)
(*Zippelius*, Staatslehre)

Weitere Quellen:

Tätigkeitsbericht des Rechnungshofs für das Jahr 2000, Bund 2001/5

Ausgliederungshandbuch des BMF (Stand 01.10.2003)

Bericht der Aufgabenreformkommission (März 2001)

Internet:

www.demokratiezentrum.org

www.derdetektiv.at

www.detektiv-online.at

http://eur-lex.europa.eu

www.konvent.gv.at

www.wifi.at

Abstract (deutsch)

Nach Ansicht des VfGH (so insb in VfSlg 14.473/1996) stellt unter anderem die „allgemeine Sicherheitspolizei“ eine sogenannte „Kernaufgabe“ dar, die als solche jeder außenwirksamen Beteiligung von Privaten entzogen ist und daher ausschließlich von staatlichen Organen im organisatorischen Sinn (also solchen Organen, die in den unmittelbar staatlichen Organkomplex eingegliedert sind) erfüllt werden kann. Eine nähere Begründung für dieses Ergebnis liefert der VfGH allerdings nicht, wofür er in der wissenschaftlichen Literatur auch entsprechend kritisiert wurde. Die vorliegende Arbeit möchte nun diese vom VfGH vertretene Ansicht auf ihre verfassungsrechtliche Begründbarkeit hin untersuchen.

Nach der Darstellung des allgemeinen theoretischen Hintergrundes und der Klärung der verwendeten Begrifflichkeiten werden hierzu zunächst einmal die vom VfGH in seinen einschlägigen Judikaten herangezogenen Topoi der „vereinzelten Aufgaben“ und der „Kernaufgaben“ systematisch aufgearbeitet sowie schließlich im demokratischen und im rechtsstaatlichen Baugesetz verortet. Im Mittelpunkt steht dabei die stets notwendige demokratische Legitimation allen außenwirksamen staatlichen Handelns sowie die allgemeine Untersuchung, wie sich hierzu die Erfüllung von Staatsaufgaben durch bloß funktionell-staatliche Organe (also solche Organe, die nicht in den unmittelbar staatlichen Organkomplex eingegliedert sind) verhält. Damit zusammenhängend wird untersucht, ob oder in welcher Weise dabei auch die Grundrechte eine Rolle spielen und insoweit Einfluss auf die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Beteiligung nichtstaatlicher Rechtsträger an der außenwirksamen Erfüllung staatlicher Verwaltungsaufgaben ausüben.

Die dabei erzielten allgemeinen Ergebnisse werden schließlich auf die „polizeiliche“ Rechtssatzform der „Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ im Sinne von Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG sowie speziell auf die Aufgaben und Befugnisse der allgemeinen Sicherheitspolizei im Sinn des Sicherheitspolizeigesetzes angewendet. In diesem Zusammenhang wird auch gezeigt, dass die eingangs erwähnte Judikatur des VfGH in ihrer Pauschalität nicht aufrechterhalten werden kann.

Aber auch die organisatorischen Bestimmungen der Art 78a ff B-VG werden dahingehend untersucht, ob Private mit sicherheitsbehördlichen Funktionen beliehen werden können, bzw, ob auch selbständige private Rechtsträger Wachkörper im Sinne des Art 78d Abs 1 B-VG in verfassungsrechtlich zulässiger Weise errichten können. Auch wenn beides zu verneinen ist, so bleibt dennoch die Einsetzbarkeit Privater als jeweils einzelne exekutive Hilfsorgane zulässig, solange sie nicht zur Setzung lebensgefährdender Maßnahmen im Sinne von Art 2 EMRK verpflichtet werden.

Abstract (englisch)

According to the Austrian Constitutional Court (especially VfSlg 14.473/1996) the "general security police" ("*allgemeine Sicherheitspolizei*") represents a so-called "core task" ("*Kernaufgabe*") which is not allowed to be served by private entities, but exclusively by public entities. However, the Constitutional Court does not provide a more detailed explanation for this interpretation, for which it was criticized in the scientific literature. The purpose of this dissertation is to examine the view held up by the Constitutional Court in its constitutional justifiability.

After presenting the general theoretical background as well as the clarification of terms and definitions used in this dissertation, the first duty will be the analysis of commonly used terms by the Constitutional Court like "isolated tasks" ("*vereinzelte Aufgaben*") and "core tasks" ("*Kernaufgaben*"). These criterions will be systematically investigated and finally put into the framework of the principles of democracy and rule of law according to the Austrian Constitution. The focus is on the ever necessary democratic legitimacy to all outside effective state action as well as on the general examination on the effects of the fulfillment of state administrative tasks by non-public entities (ie, entities which are not incorporated into the inner state complex). In this context it will be also analyzed whether or how the fundamental rights are involved and how they exert influence on the constitutional permissibility of the fulfillment of state administrative tasks by non-public entities.

Then the achieved overall results are applied to the legal form of "exercise of directly administrative order and force" ("*Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt*") within the context of article 129a paragraph 1 number 2 B-VG, as well as to the duties and powers of the "general security police" ("*allgemeine Sicherheitspolizei*") according to the Security Police Act ("*Sicherheitspolizeigesetz*"). Moreover, it will be shown that the above mentioned decision of the Constitutional Court cannot be maintained in its generality.
Also the organizational regulations of article 78a to 78d B-VG will be examined whether private entities can be entitled with functions of a security authority ("*Sicherheitsbehörde*"), respectively whether private entities can themselves establish

"security units" ("*Wachkörper*") according to article 78d paragraph 1 B-VG in a constitutionally permissible manner. However, both alternatives have to be denied, but the applicability of single private individuals as executive officers remains unaffected as long as they have no obligation to take measures according to article 2 of the European Convention on Human Rights.

Lebenslauf

Persönliches:

Name: Udo Lett

Geburts- und Wohnort: Wien

Schulische und universitäre Ausbildung:

1989 – 1994	Höhere technische Bundeslehranstalt für Nachrichtentechnik und Elektronik
2001 – 2009	Diplomstudium Rechtswissenschaften (auch in den beiden Diplomandenseminaren lag der Schwerpunkt auf dem Sicherheits- und Verfassungsrecht)
2009 – 2012	Doktoratsstudium Rechtswissenschaften

Bisherige berufliche Laufbahn:

1996 – 1999	Öffentlich Bediensteter im Bundesministerium für Landesverteidigung
1999 – 2009	Sicherheitswachebeamter der BPD Wien
2009 – 2012	Polizeijurist der BPD/SID Wien